USFQ Law Review

Año 2, Vol 2 - Nº. 1

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Contenidos

Comité Editorial: Integrado por estudiantes del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, debidamente registrados en la modalidad de pregrado. Es el organismo rector de la revista y, entre otras funciones, está encargado de:

- Edición y publicación de la revista.
- Administración.
- Selección de articulistas internos y externos, así como de los colaboradores de investigación y los editores asociados.
- Renovación de miembros del Comité Editorial.
- Designación de cargos de miembros del Comité Editorial.

Miembros del Comité Editorial

Comité de Investigación: Integrado por estudiantes del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, debidamente registrados en la modalidad de pregrado. Los miembros del Comité son previamente designados en cada edición por el Comité Editorial tras la aprobación de un proceso interno de selección. Es un ente encargado de constatar la veracidad, pertinencia y formato de las fuentes bibliográficas y de las citas empleadas durante el proceso de revisión y edición de los artículos.

Miembros del Comité de Investigación:

Revisores: Abogados que pueden ser tanto profesores del Colegio de Jurisprudencia como abogados en el ejercicio de la profesión sin vínculo institucional a la Universidad San Francisco de Quito. Asisten al proceso de edición y revisión de los artículos emanando su criterio sobre la argumentación y relevancia de los temas tratados en los artículos. Los abogados son contactados por el Comité Editorial tomando en consideración su experticia y conocimiento en el ámbito del tema que el artículo revisado desarrolla.

Introducción

USFQ Law Review es la única revista jurídica del Ecuador en ser íntegramente desarrollada y administrada por alumnos de pregrado de Jurisprudencia, de la Universidad San Francisco de Quito. Tiene como objetivo central publicar artículos de investigación jurídica en los que se analice, de forma crítica y fundamentada, diversos temas legales de relevancia y actualidad; generando así conocimiento, y colocándose como una fuente de consulta y discusión que aporta jurídicamente a la comunidad.

Sistema de corrección de artículos

Los artículos recibidos por el Comité Editorial de la revista presentan una extensión de mínimo 5.000 palabras, siguen la estructura y formato de citación detallados más abajo.

Cada texto recibido por el Comité Editorial de la USFQ Law Review sigue un proceso de revisión compuesto por las siguientes etapas:

1. Se convoca a articulistas dentro del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Los textos son recibidos y evaluados por los miembros del Comité Editorial de la USFQ Law Review.

2. El Comité Editorial realiza una selección de los artículos recibidos y los envía a sus autores con las correcciones de forma y fondo pertinentes.

3. Los articulistas tienen un periodo de 2 semanas para realizar las primeras correcciones y envían un segundo borrador.

4. Dicho procedimiento se repite hasta recibir, al menos, tres correcciones por parte de Comité Editorial.

5. Una vez realizadas las respectivas correcciones por los autores correspondientes, los artículos son revisados por un Comité de Investigación que se dedica a constatar la veracidad, pertinencia y formato de las fuentes empleadas.

6. Tras dicha revisión, los artículos son enviados a los editores asociados; profesores del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ y abogados en el ejercicio de la profesión, para que emitan su criterio respecto a la argumentación y a la relevancia del tema tratado.

7. Una vez recibidos los comentarios de los editores asociados, los articulistas reciben su texto con las correcciones finales.

8. Finalmente, los Editores en Jefe del Comité Editorial revisan una última y definitiva vez los artículos, en términos ortográficos, gramaticales y de estilo, para dar paso finalmente al proceso de diagramación y publicación de la revista.

Para más información:

La revista es accesible en el enlace: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Paginas/default.aspx.

La guía para autores está disponible en: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Paginas/guiaparaautores.aspx

USFQ Law Review
Universidad San Francisco de Quito - Ecuador
E-mail: lawreview@usfq.edu.ec

La Regulación de la Acción de Protección por medio de una Enmienda Constitucional

María Gracia Naranjo
maria.naranjo.ponce@estud.usfq.edu.ec

Resumen

Dentro de las varias enmiendas propuestas en 2014 para la Constitución ecuatoriana aprobada en 2008, consta la posibilidad de regular la acción de protección por medio de limitaciones de admisibilidad. La propuesta consiste en aumentar la siguiente frase al final del Artículo 88 de la Constitución: "[l]a ley regulará los casos en los cuales se abuse de esta acción y, por lo tanto, pueda ser inadmitida".[1] El presente artículo busca identificar las principales implicaciones jurídicas de la propuesta y los problemas que puede llegar a presentar en caso de ser aprobada. De igual manera, busca exponer las limitaciones normativas y sistemáticas ya existentes a la acción de protección y a las acciones constitucionales en general, y sostiene que la creación de nuevas limitaciones y parámetros de inadmisibilidad disminuye su efectividad y restringe la posibilidad de que cumpla con su finalidad: la protección y la tutela efectiva de derechos, y la creación de un sistema en el que exista control sobre los actos del poder público.

Palabras Clave

Acción de Protección, Constitución de Montecristi, Enmienda Constitucional 2014, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Inadmisibilidad, Garantías Jurisdiccionales

Abstract

Within the several amendments to the Ecuadorian Constitution that were proposed in 2014, there is the possibility of regulating the writ of amparo through

1 Proyecto de Enmienda Constitucional 2014, Asamblea Nacional de la República del Ecuador, http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/proyecto-de-enmienda-constitucional-suscrito-por-varios

restrictions on its admissibility. The proposal is to increase the following sentence at the end of Article 88 of the Constitution: "[t]he law shall regulate the cases in which there is abuse of this action and, therefore, it may be declared inadmissible". This essay seeks to identify the main legal implications of the proposal. Similarly, it exposes the already existing normative and systematic limitations to the writ of amparo, and to all the other writs that are protected by the constitution. We argue that the establishment of new limitations and parameters of inadmissibility decreases the effectiveness of the writ and restricts its ability to fulfill its purposes of effectively protecting rights and preventing the creation of a system in which there is control over the acts of public power.

Keywords

Writ of amparo, Ecuadorian Constitution, Constitutional Amendments of 2014, Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control, Inadmissibility, Jurisdictional Guarantees.

Indice

1. Introducción

1.1. Las garantías jurisdiccionales en el marco de un Estado constitucional de derechos

Kelsen estableció que "las constituciones modernas contienen, no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino además un catálogo de derechos fundamentales de los individuos, o libertades individuales",[2] y propuso que las constituciones "señala[n] principios, direcciones y límites, para el contenido de las leyes futuras".[3] Por tanto, las constituciones modernas no solamente establecen derechos, sino también garantías, las cuales se construyen en forma de mecanismos para garantizar la tutela efectiva de los derechos de los individuos. Una vez reconocido un derecho en la Constitución o en la ley, este se encuentra protegido y garantizado por el Estado, por lo que crea una serie de medidas para la protección de dichos derechos, las mismas que son denominadas garantías.

Sin embargo, las garantías como tales son únicamente mecanismos teóricos, pero cuentan con la posibilidad de efectivizarse mediante las acciones que tienen la facultad de activar el sistema de tutela. La acción es definida como "una manifestación típica del derecho de petición, reconocido en las cartas constitucionales expresa o tácitamente".[4] Las acciones constitucionales, por tanto, son mecanismos que se implementan para hacer efectiva la vigencia de un derecho constitucional y proteger a los individuos de violaciones de estos derechos, que puedan derivar de actos u omisiones del Estado o de otros actores. Es aquel instrumento práctico para efectivizar o proteger derechos, mediante el inicio de un proceso judicial, en el que se reclama el cumplimiento de los mismos. Estas acciones no sólo permiten solicitar el cumplimiento de los derechos constitucionales, sino también reclamar su violación y evitar los abusos por parte del poder público. Las garantías jurisdiccionales, consecuentemente, traducidas en acciones constitucionales, "consisten en que un tribunal independiente pueda ejercer un control e imponga las medidas de reparación, ante violaciones o amenazas a los derechos".[5]

2 Hans Kelsen. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Estudios sobre la democracia y el socialismo. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/31/tc.pdf (acceso: 13/10/2014)
3 Ibíd.
4 Víctor Fairén Guillén. *Teoría General del Derecho Procesal*. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México: México DF, 1992, p. 81.
5 Carolina Silva Portero. "Las garantías de los derechos, ¿invención o reconstrucción?" *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ramiro Ávila Santamaría (coord.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos

1.2. Las garantías jurisdiccionales en la Constitución de 2008

La Constitución de Montecristi[6], desde su aprobación en 2008, ha sido considerada como un documento garantista, en el sentido de que reconoce un extensivo catálogo de derechos para los individuos y ofrece una serie de garantías para hacer efectivo el goce de los mismos. Ésta "[...] inaugura una nueva forma de concebir la constitucionalidad, los derechos, las garantías, la organización del Estado y la misma supremacía constitucional desde un modelo igualitarista".[7] La Constitución de 1998, en los artículos 93 y 94, ya contemplaba una serie de garantías jurisdiccionales, tales como la acción de habeas corpus o habeas data.[8] No obstante, la Constitución de 2008 amplió el rango de las garantías constitucionales existentes al incorporar nuevas acciones. La acción de acceso a la información pública y la acción por incumplimiento[9], por ejemplo, fueron elevadas a nivel constitucional expresadas en forma de garantía, y también se creó la acción extraordinaria de protección[10].

La acción de protección se encontraba ya contemplada en la Constitución de 1998, bajo la figura jurídica de amparo constitucional. Sin embargo, era una figura meramente cautelar,[11] mientras que la acción de protección busca salvaguardar de manera directa y eficaz los derechos constitucionales que pueden haber sido violados por medio de actos u omisiones del poder

---

Humanos, 2008.

6 La denominación 'Constitución de Montecristi' es utilizada para referirse a la constitución ecuatoriana que fue redactada en Montecristi, Manabí; y aprobada por medio de un referéndum en 2008.

7 Ramiro Ávila Santamaría. "El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución del 2008". *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovato (coords). México: UNAM-IIJ, 2009, p. 929.

8 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

9 La acción por incumplimiento se encuentra regulada en el Artículo 93 de la Constitución de 2008, el cual dispone que esta es una acción que tendrá por objeto "garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer, expresa y exigible".

10 La acción extraordinaria de protección se encuentra regulada en el Artículo 94 de la Constitución de 2008, el cual establece que esta es una acción que "procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución" una vez agotados los recursos ordinarios y extraordinarios.

11 Al respecto, Alejandro Ponce Martínez, en *Naturaleza de la Acción de Amparo* menciona lo siguiente: *[...] El objetivo pues, de la acción de amparo, es cautelar. Tiene por finalidad hacer cesar, evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo que viola un derecho garantizado por la Constitución. La acción de amparo es, pues precautelatoria y no de conocimiento, lo que implica que de aceptarse el recurso de amparo, corregida la violación, la autoridad pública, puede actuar nuevamente sobre el asunto, siempre que lo haga constitucionalmente*.

público. En la Constitución de 2008, "se ratifica que el amparo procede contra cualquier autoridad pública"[12] y se amplía el objeto de la acción a "situaciones en que el agraviado se halla en estado de subordinación, indefensión o discriminación, así como a casos en que la violación del derecho resulta de una inadecuada prestación de los servicios públicos".[13] Desde su creación, la acción de protección "ha constituido quizás una de las garantías jurisdiccionales más importantes y enriquecedoras dentro del ordenamiento jurídico del Estado".[14] Estos cambios fueron realizados con la finalidad de que la acción de protección sea un mecanismo efectivo de protección.

Las garantías desarrolladas por la Constitución de Montecristi fueron posteriormente reguladas y delimitadas por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Este cuerpo normativo determinó aquellos aspectos procedimentales de estas acciones, tales como las normas de ejecución de las mismas, los requisitos para su procedencia, su objeto y trámite. La acción de protección, específicamente, fue regulada en cuanto a contenido, pues se estableció que esta procede únicamente cuando se han agotado todos los recursos judiciales previos. Sin embargo, la propuesta de enmiendas constitucionales de 2014 busca limitar esta acción aún más, pues pretende que la acción sea inadmitida bajo un mayor número de circunstancias, lo cual se consagraría a través del aumento de la siguiente frase al final del Artículo 88 de este cuerpo normativo: "La ley regulará los casos en los cuales se abuse de esta acción y, por lo tanto, pueda ser inadmitida".[15]

Resulta fundamental considerar que la simple enumeración de garantías o posibles acciones en un cuerpo normativo, no implica necesariamente que exista un mecanismo apropiado de aplicación de las mismas, ni que estas resulten efectivas, sobre todo si existen limitaciones normativas y sistemáticas para su aplicación. La efectiva aplicación de las garantías jurisdiccionales, y de la acción de protección específicamente, requiere de un marco jurídico apropiado en el cual no solo existan normas que

12 Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en el Ecuador*. Pensamiento Jurídico Contemporáneo No. 5. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, p. 253.
13 Ibíd.
14 Sebastián López Hidalgo. *El amparo constitucional en el Ecuador: ¿regulación o restricción a la protección de los derechos fundamentales?* Tesis doctoral. Universidad Andina Simón Bolívar. Cuenca, 2009.
15 Proyecto de Enmienda Constitucional 2014, Asamblea Nacional de la República del Ecuador, http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/proyecto-de-enmienda-constitucional-suscrito-por-varios

faciliten su desarrollo, sino también jueces y operadores de justicia independientes y diligentes.

2. Disposiciones generales sobre las garantías jurisdiccionales

En el Ecuador, las acciones constitucionales se encuentran definidas y establecidas en la Constitución, y reglamentadas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Cómo menciona el Artículo 6 del cuerpo normativo antes mencionado;

> Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.[16]

Son, por tanto, una característica fundamental del Estado constitucional de derechos y justicia, y un elemento importante del Estado democrático. Para promover su efectividad, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional estableció procedimientos sencillos para las mencionadas acciones, basados en los principios de rapidez y eficacia. De esta manera, la ley determinó que el procedimiento será oral en todas sus fases e instancias, que la audiencia deberá registrarse por cualquier medio que esté al alcance del juez o la jueza, que todos los días y horas serán hábiles para tramitar estos procedimientos, que las notificaciones se harán por medios eficaces y expeditos, y sobre todo, que no se podrán aplicar normas procesales que retarden el ágil despacho de la causa.[17]

3. La acción de protección y su eficacia

La acción de protección como recurso fue diseñado con la finalidad de brindar un mecanismo rápido y sencillo de protección de derechos. Como se define en el Artículo 88 de la Constitución;

---

16 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 6. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.
17 Ibíd. Art. 8.

> La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.[18]

Complementariamente, el Artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ofrece una definición un poco más reducida de esta acción, pero establece el objeto de la misma;

> La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.[19]

En concordancia con los principios constitucionales y aquellos reflejados en tratados internacionales de los cuales el Ecuador es parte, la acción de protección fue establecida como un recurso sencillo y rápido de amparo, tutela, y protección de derechos. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la cual fue ratificada por el Ecuador en 1977, establece que:

> Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente

18 Constitución de la República del Ecuador. Art. 88. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
19 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 39. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

> Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.[20]

De esta manera, la acción de protección, al igual que el resto de acciones constitucionales, se caracteriza por contar con un proceso sencillo y varios elementos de flexibilidad y ductilidad, con la finalidad de garantizar la protección de los derechos y reducir las cargas y formas procesales. Esto se evidencia en una amplia legitimidad, en la oralidad, sencillez, informalidad y rapidez del proceso, en la flexibilidad de las formas de notificación, en la no utilización de normas que retarden el proceso, etc.[21] Estas son características de los procesos constitucionales que la ley ha establecido con la finalidad de que las acciones constitucionales sean efectivas y se encuentren garantizando de manera eficaz el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución.

La acción de protección se puede presentar siempre y cuando ciertos requisitos concurran.[22] Debe existir una violación de un derecho constitucional procedente de una acción u omisión de una autoridad pública. Adicionalmente, el accionante debe carecer de otro mecanismo de defensa judicial para proteger el derecho que alega que fue violado. De esta manera, la acción de protección procede contra cualquier acto u omisión de una autoridad pública no judicial, así como en contra de políticas públicas nacionales o locales.[23]

Sin lugar a dudas, la acción de protección fue diseñada para ser una medida eficiente para garantizar el ejercicio y goce de derechos, y sobre todo, para limitar aquellos actos del poder público que puedan violar o interponerse en el ejercicio de derechos individuales.

---

20 Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos. (1969) Art. 25. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. (acceso: 13/10/2014)

21 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 8. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

22 El artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que "la acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos:
1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho"

23 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 40. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

> Efectivamente, la nueva Constitución ecuatoriana posibilita el interponer amparo -a la cual la Carta llama acción de protección-, incluso contra políticas públicas cuando estas violan derechos constitucionales. De esta forma se relativiza la división de poder y se abre la posibilidad de judicializar las políticas públicas si estas no responden o violan los derechos de los ciudadanos.[24]

4. Limitaciones ya existentes en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

4.1. Limitaciones de carácter normativo

La acción de protección ya se encuentra delimitada y limitada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En términos normativos, esta ley ya realizó una disminución conceptual de la acción, al ofrecer una definición mucho más restringida que aquella que provee la Constitución. Adicionalmente, aumenta una característica sumamente importante al definirla, la cual no esta prevista en la Constitución y tiene consecuencias prácticas; la acción de protección se podrá presentar únicamente cuando no exista "otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado".[25] La acción de protección, por tanto, se convirtió en una garantía parcialmente residual. La residualidad de una acción implica que la misma sólo pueda interponerse cuando no existan otros mecanismos de impugnación, cuando las vías o mecanismos de impugnación se han agotado y cuando no existen vías más idóneas.[26] Si bien no es necesario agotar recursos previos para presentar una acción de protección, como requería el amparo constitucional contemplado en la Constitución de 1998, la mencionada ley deja a discreción del juez determinar la existencia de otro mecanismo de defensa para proteger el derecho violado.

> [L]a Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) inconstitucionalmente vuelve residual

---

24 Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en el Ecuador*. *Óp. cit*., p. 29.

25 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 40. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

26 Pablo Alarcón. *Acción de Protección: Garantía Jurisdiccional Directa y no Residual*. *¿La Ordinarización de la Acción de Protección?*.Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2009.

> la acción de protección, pues la Constitución la concibe como una garantía directa y eficaz. Basándose en la LOGJCC, muchos jueces niegan acciones de protección dejando desprotegidos derechos constitucionales, en tanto progresivamente se va revelando que en la practica de la acción de protección se vienen manteniendo muchas de las distorsiones y falencias que caracterizaron al amparo bajo la Constitución de 1998.[27]

El mencionado cuerpo normativo también ha limitado la procedencia de la acción de protección, al enlistar una serie de circunstancias bajo las cuales el juez puede considerarla inadmisible en el Artículo 42:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.[28]

Los requisitos expuestos en este artículo contienen situaciones específicas bajo las cuales el juez que conoce la acción puede calificarla como no procedente. Si bien existen sustentos jurídicos respaldando estas circunstancias, estas evidencian que debido a restricciones procedimentales impuestas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de protección ya pierde el carácter protector de todos "los derechos reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos".[29]

27 Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en el Ecuador*. *Óp. Cit*., p. 209.
28 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 42.
29 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 39.

La necesidad de que esta ley especifique el ámbito de aplicación, los requisitos y los procedimientos para presentar una acción de protección, e incluso las condiciones de inadmisibilidad, es irrefutable. Sin embargo, las limitaciones no deben alterar el contenido y la esencia que la Constitución le otorgó a esta garantía jurisdiccional. De igual manera, la necesidad de que se agoten otras vías y recursos procesales antes de iniciar una acción de protección tiene su lógica, pero tomando en cuenta que los mencionados recursos previos no siempre son efectivos y oportunos, el imponer esta limitación reduce el carácter de sencillez y rapidez que se pretende obtener al utilizar esta acción. El sistema, por tanto, convierte a estas delimitaciones normativas- que resultan naturales- en restricciones sustanciales que alteran la esencia de la acción.

4.2. Limitaciones de carácter práctico; independencia en el sistema y problemas de interpretación

La Función Judicial cuenta con la potestad de administrar justicia y velar por el cumplimiento de los derechos de los individuos.[30] "La Constitución confía particularmente a la Función Judicial la defensa de todos los derechos".[31] Los jueces, por tanto, no sólo tienen la importante función de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales, sino también, de permitir que se desarrollen con efectividad aquellas acciones que tienen como finalidad el tutelar dichos derechos. Son importantes actores dentro del sistema de justicia que están obligados únicamente a actuar en el marco de la Constitución y las leyes, sino que "cumplen funciones de protección de la Carta Fundamental mediante instituciones como las garantías jurisdiccionales […] y el examen de la constitucionalidad de las normas legales e infralegales que aplican en el proceso".[32]

Por consiguiente, la simple declaración de derechos o el establecimiento de garantías y acciones no asegura un correcto ejercicio de las mismas, pues se requiere de un sistema de justicia en el cual dichas acciones sean tratadas con responsabilidad y aplicadas de manera adecuada.

30 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
31 Claudia Storini y Marco Navas Alvear. *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Nuevo Derecho Ecuatoriano No. 3. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013, p. 43.
32 Ramiro Ávila Santamaría. "Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución de 2008". *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (coords). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Tribunal Constitucional, 2008, p. 271.

> La función judicial y la Corte Constitucional está dotada de todas las herramientas y posibilidades para poder controlar todo acto del poder publico que atente contra derechos o contra la supremacía constitucional. El reto, en este sentido, consiste en que la función judicial sea absolutamente independiente y que tenga el conocimiento y la sensibilidad suficiente para asumir el encargo de controlar la constitucionalidad.[33]

Para cumplir con sus finalidades y lograr tutelar derechos efectivamente, la acción de protección requiere de un sistema de transparencia e independencia; un sistema en el cual los jueces puedan verdaderamente controlar los actos de los miembros de las otras funciones del Estado mediante sus resoluciones, en caso de que los actos u omisiones de los mismos se encuentren vulnerando derechos fundamentales. La acción de protección, por tanto, funciona únicamente donde exista una verdadera independencia de poderes.

Ha sido ya mencionado que la acción de protección, y las garantías jurisdiccionales en general, requieren de pocas formalidades y aspectos procedimentales para su procedencia. De igual manera, su ámbito de acción es amplio y permite que se tutelen una gran cantidad de derechos de distinta naturaleza. No obstante, las pocas disposiciones existentes han sido utilizadas ya con la finalidad de limitar la procedencia de la acción, pues estas normas permiten al juez tener una amplia discrecionalidad y utilizar diversos métodos de interpretación sobre las mismas. "Esto se muestra particularmente cuando una interpretación restrictiva de estas normas se convierte en pretexto para que los jueces inadmitan vía sentencia las acciones ante ellos planteadas".[34] De esta manera, en vez de crear más regulaciones sobre la procedencia e improcedencia de las mencionadas acciones, resultaría más apropiado generar criterios de interpretación más claros sobre las mismas, que permitan una adecuada aplicación de las normas existentes y por tanto un mejor cumplimiento de las verdaderas finalidades de las garantías jurisdiccionales.

33 Ramiro Ávila Santamaría. *El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución del 2008*. Óp. cit., p. 979.
34 Claudia Storini y Marco Navas Alvear. *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Óp. cit., p. 179.

5. Implicaciones Jurídicas de la enmienda al Artículo 88 de la Constitución de Montecristi

La propuesta de enmienda constitucional presentada ante la Corte Constitucional busca incluir una frase al final del Artículo 88 sobre la acción de protección que diga lo siguiente: "La ley regulará los casos en los cuales se abuse de esta acción y, por lo tanto, pueda ser inadmitida"[35] Si bien el cambio en el mencionado artículo consiste únicamente en el aumento de una oración, ésta contiene una afirmación amplia e imprecisiones de lenguaje; dos elementos que pueden alterar por completo el contenido, la aplicación, y la efectividad de la acción de protección.

5.1. Problema de imprecisión de lenguaje y discrecionalidad del órgano legislativo

El principal problema de la enmienda constitucional tiene raíces en la manera en la cual está concebida la misma, pues deja abierto el camino para interpretar qué se debe entender por "abuso de esta acción". La redacción de la enmienda propuesta para el texto constitucional es ambigua, vaga, amplia y general, y otorga al órgano legislativo, o a los operadores de justicia, el poder de limitar, no solamente reglamentar, una acción que fue establecida por medio de la Constitución y tiene carácter constitucional, y por tanto, es esencial para proteger de forma efectiva derechos fundamentales.

Si bien la Constitución tiene la facultad de delegar a otras normas jurídicas la especificación y el desarrollo de las disposiciones generales que la misma abarca, el contener un precepto tan amplio y general permite que las normas de inferior categoría modifiquen el contenido de las disposiciones constitucionales. Si la frase llega a ser includa en el texto constitucional, la Constitución estaría permitiendo no solamente que el cuerpo legislativo imponga limitaciones a la acción de manera arbitraria, sino también que una norma inferior a la Constitución se encuentre restringiendo derechos y garantías consagrados en la misma.

35 Proyecto de Enmienda Constitucional 2014, Asamblea Nacional de la República del Ecuador, http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/proyecto-de-enmienda-constitucional-suscrito-por-varios

5.2. Restricción de derechos existentes

Otro grave problema de la enmienda constitucional del Artículo 88 de la Constitución radica en la violación del Artículo 441 del mismo cuerpo normativo. Este artículo establece que cabe la enmienda de uno o varios artículos de la Constitución siempre y cuando esta "no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías".[36] En este sentido, la Constitución como norma jerárquicamente superior, no puede sujetarse a normativa secundaria que restrinja derechos y garantías, pues de conformidad con el Artículo 11 numeral 5 de la Constitución, en materia de derechos y garantías debe aplicarse la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.

El restringir la procedencia de la acción de protección, más de lo que se encuentra ya limitada en la ley, evita que la acción cumpla con las finalidades de la misma. El aumentar las probabilidades de que esta acción sea improcedente reduce las posibilidades de que esta acción proteja derechos y determine violaciones a los mismos. Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en su dictamen del 31 de octubre de 2014, y determinó que "cualquier limitación al acceso de esta garantía comportaría por parte del Estado ecuatoriano un incumplimiento de la obligación internacional y del bloque de convencionalidad"[37], pues se restringirían derechos existentes. La Corte reconoció, por tanto, que las limitaciones a esta garantía impediría que la misma se desarrolle efectivamente y proteja derechos constitucionales, lo que implicaría una "regresividad en el desarrollo de los derechos de las personas y la naturaleza".[38] Es por esto que la Corte concluyó que la propuesta de enmienda no puede ser reformada por vía medio de la Asamblea Nacional, y que se deberá analizarla y debatirla en una asamblea constituyente.

5.3. Creación de un sistema sin control sobre los actos del poder público

Uno de los aspectos más significativos de la acción de protección es que ésta no solamente vigila el cumplimiento de derechos sino también regula el ejercicio del poder y lo limita. De esta manera, la acción de protección

36 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
37 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-14-DRC-CC de 31 de octubre de 2014. p 42
38 Íbid.

es un método eficaz para el control de los actos del poder público; las arbitrariedades, los abusos de poder, las injusticias y la inobservancia de las normas. Las posibles limitaciones a la acción de protección podrían contribuir a la creación de un sistema en el cual el Estado cuente con un exceso de poder y discrecionalidad para el ejercicio del mismo, incluso en perjuicio de derechos constitucionales, pues a pesar de que sus potestades se encuentren delimitadas en la Constitución o por medio de normas jurídicas, los mecanismos de control se reducen y las posibilidades de abusos aumentan.

Al respecto Ramiro Ávila Santamaría ha mencionado que "la violación a los derechos humanos no puede ser ajena a ninguna persona o grupo de personas".[39] Tanto al Estado como a la comunidad "les interesa que se sepa cuando hay violaciones, y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos".[40]

6. Conclusión

A lo largo de este ensayo se ha expuesto la importancia de las garantías jurisdiccionales, y de acciones constitucionales como la acción de protección, en un Estado constitucional de derechos y justicia. La acción de protección, particularmente, es una figura vital para garantizar el goce y el ejercicio de los derechos fundamentales, así como para controlar los posibles abusos de poder. La reglamentación de esta figura es, sin duda alguna, necesaria para especificar sus procedimientos, siempre y cuando dicha regulación no recaiga en limites excesivos que imposibiliten el cumplimiento de sus objetivos.

Resulta de suma importancia que las acciones jurisdiccionales sean aplicadas correctamente y utilizadas en los casos en los que efectivamente exista una violación de derechos constitucionales. Sin embargo, no hay necesidad de que la ley determine los casos en los que se abuse de esta acción si la ley ya ha establecido requisitos que deben concurrir, características para la procedencia y posibilidades de improcedencia. Si se cuenta con un sistema

39 Ramiro Ávila Santamaría. "Los principios de aplicación de los derechos". *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Pensamiento Jurídico Contemporáneo 1. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011, p. 64.
40 Íbid.

de justicia apropiado en el cual los jueces determinen la admisibilidad de la acción de protección en base a los requisitos ya establecidos por la ley, no hay razón para pensar que se puede abusar de la misma. Bajo este contexto, resulta imposible, e innecesario, definir objetivamente lo que sería un "abuso de la acción".

La enmienda constitucional propuesta en 2014 abre la posibilidad de que la acción de protección deje de cumplir con la finalidad para la cual fue concebida. Esta no solamente restringirá las posibilidades que los ciudadanos tienen de proteger sus derechos, sino también contribuirá con la creación de un sistema en el cual exista poco control sobre los actos del poder público. El limitar la acción de protección no solamente afectaría el ejercicio efectivo de derechos, sino también permitiría que nuestro sistema de justicia y nuestro sistema político apruebe la existencia de decisiones arbitrarias, pues se reduce un importante mecanismo de control. De esta manera, los derechos fundamentales se encontrarán solamente en papel. Cómo menciona Silva Portero, "la noción de derecho fundamental no es sinónimo de garantía. La garantía, en un sentido amplio, es todo mecanismo para hacer efectivo un derecho, entendida la efectividad como el ejercicio pleno del derecho",[41] por lo que debemos "dejar de creer que un derecho está garantizado por la Constitución desde el momento en que dicho derecho ha sido simplemente proclamado en el texto constitucional".[42]

Bajo la misma lógica, no es suficiente contar con la existencia formal de la garantía, pues esto no implica la aplicación efectiva de la misma, sobre todo si existen limitaciones e imposiciones de carácter normativo y práctico que restringen su ejercicio. Los derechos requieren de garantías para ser aplicados y protegidos, y las garantías requieren de medios propicios para su utilización.

Como menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al caso de la "Panel Blanca", no es suficiente que existan instrumentos para proteger los derechos de los individuos, o que estos existan formalmente, "sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido".[43] Consecuentemente, el carácter garantista de la Constitución

41 Carolina Silva Portero. "Las garantías de los derechos, ¿invención o reconstrucción?". Óp. cit., p. 80.
42 Íbid.
43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la "Panel Blanca". Paniagua Morales y otros. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párrafo 164

de Montecristi no debe ser únicamente una enumeración formal de posibilidades que los individuos poseen para proteger sus derechos, sino que estos sean eficientes, es decir, "capa[ces] de producir el resultado para el que han sido concebidos".[44]

6.1. Necesidad de eficacia en caso de regulación

La regulación y delimitación de la acción de protección y del resto de acciones constitucionales es, sin duda alguna, necesaria. Sin embargo, se debe procurar que las normas que regulen las mencionadas acciones sean eficaces y apropiadas para alcanzar el fin de las mismas. "[L]as normas que regulan la acción de protección […] deben estar diseñadas […] de forma que puedan tutelar los derechos. De igual forma, debe considerarse que el desarrollo legal que permite aplicar la acción de protección, debe responder a un criterio de eficacia".[45] Estas normas, por tanto, deben contribuir con la finalidad de las acciones; la protección y tutela de derechos, en vez de limitar el ámbito de aplicación de las mismas.

El regular los mecanismos de aplicación de la acción de protección puede resultar una alternativa llamativa para incrementar su eficacia, pero las disposiciones deben ser diseñadas de una manera minuciosa y precisa, sin que existan posibilidades de interpretación que deriven en abuso de poder. Si bien la regulación de la procedencia de las acciones constitucionales puede incluso beneficiar la efectividad de las mismas al facilitar el trabajo de los servidores judiciales, esta también puede limitar el ejercicio de los derechos de los individuos, por lo que imponer limites de procedencia, de ninguna manera contribuye con el enriquecimiento de la misma.

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 64, p. 28.

45 Storini, Claudia y Marco Navas Alvear. *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. *Óp. cit.*, p. 179.

7. Bibliografía

Alarcón, Pablo. *Acción de Protección: Garantía Jurisdiccional Directa y no Residual. ¿La Ordinarización de la Acción de Protección?.* Cuenca: Programa de Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

Ávila Santamaría, Ramiro. "El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución del 2008", en Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovato (Coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, UNAM-IIJ, México D.F., 2009

Ávila Santamaría, Ramiro. "Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución de 2008". *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (coords). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Tribunal Constitucional, 2008.

Ávila Santamaría, Ramiro. "Los principios de aplicación de los derechos". *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Pensamiento Jurídico Contemporáneo 1. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, 1969.

Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-14-DRC-CC de 31 de octubre de 2014. p 42

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la "Panel Blanca". Paniagua Morales y otros. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párrafo 164

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 64, página 28.

Fairén Guillén, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México DF. 1992.

Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en el Ecuador.* Pensamiento Jurídico Contemporáneo No. 5. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución.* Estudios sobre la democracia y el socialismo. Madrid, Debate, 1988. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/31/tc.pdf

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

López Hidalgo, Sebastián. *El amparo constitucional en el Ecuador: ¿regulación o restricción a la protección de los derechos fundamentales?* Tesis doctoral para el Programa de Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. Cuenca, 2009.

Ponce Martínez, Alejandro. *El Acto de Autoridad,* en, *Naturaleza de la Acción de Amparo,* Quito: Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito – Pro justicia . Banco Mundial, 2002, p. 14

Proyecto de Enmienda Constitucional 2014, Asamblea Nacional de la República del Ecuador, http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/proyecto-de-enmienda-constitucional-suscrito-por-varios

Silva Portero, Carolina. "Las garantías de los derechos, ¿invención o reconstrucción?" *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ramiro Ávila Santamaría (coord.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Storini, Claudia y Marco Navas Alvear. *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social.* Nuevo Derecho Ecuatoriano No. 3. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

La falsa concepción de la acción positiva a favor de las mujeres como medida de discriminación directa

Macarena Bahamonde

Resumen

El pasar de la historia ha demostrado que la igualdad de género es una materia de amplio debate, que ha seguido un largo camino con el fin intentar equiparar derechos entre hombres y mujeres, para así consagrar el lugar que la mujer ocupa en nuestra sociedad. Uno de los esfuerzos más notables a nivel mundial son las acciones positivas o afirmativas implementadas por los Estados, destinadas a generar igualdad de oportunidades para la mujer, dentro de un espacio temporal, hasta que dicha conducta se plasme como una institución en la cotidianeidad del entorno social. El Ecuador, desde la promulgación de la Constitución de 1998 hasta los esfuerzos consolidados en la más reciente de 2008, ha establecido mecanismos de inclusión que han permitido al género femenino adoptar un rol casi equitativo frente al género masculino en los ámbitos que la norma prevé, como la política. Sin embargo, es de trascendental importancia entender el alcance y los elementos que conforman la acción positiva para dilucidar sus efectos benefactores en la pugna por alcanzar una real igualdad de género y desvirtuar las concepciones erróneas que la catalogan como actos discriminatorios.

Palabras clave:

Acción afirmativa, acción positiva, género, igualdad, no discriminación, mujer, Ecuador, discriminación, discriminación directa, discriminación indirecta, equidad, tratamiento.

Abstract

History has shown that gender equality has not been a peaceful issue, but has had to forge a long way to try to equalize rights between men and women in order to consecrate the place that women deserve in our society. One of the most notable efforts worldwide are positive or affirmative actions taken by States, aimed at creating equal opportunities for women in a temporary space until such conduct defines the daily life of a society. Ecuador, since the promulgation of the 1998 Constitution to the consolidated newer 2008 Constitution efforts, has established mechanisms of inclusion that allow the female gender adopt an almost equal role compared to the male gender in areas such as politics. However, it is of paramount importance to understand the scope and the elements of affirmative actions in order to elucidate the benefactor's effects in the struggle to achieve real gender equality and refute the misconceptions that categorized them as discriminatory measures.

Key Words

Affirmative action, equality, genre, no discrimination, woman, Ecuador, discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, equity, treatment.

Índice

1. Introducción

Diversos acontecimientos históricos han situado a la mujer como víctima de violencia y de abusos físicos, psicológicos y morales. En la actualidad, estos hechos constituyen antecedentes para la lucha contra la discriminación de género, pues cada uno de ellos han servido para establecer parámetros sobre este fenómeno dentro de las legislaciones de países de todo el mundo.[1] La comunidad internacional ha tenido gran influencia en el desarrollo de este tema a través de iniciativas globales por la igualdad de género después de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos[2], a través de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, adoptada en 1967, y la adopción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en 1979, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas.[3]

Los Estados parte de la CEDAW están obligados a cumplir con sus disposiciones así como a enviar reportes nacionales, al menos cada cuatro años, en relación a las medidas que han adoptado para cumplir las obligaciones que derivan de la Convención. De la misma manera, conforme con lo que dispone el primer párrafo del artículo 21 de la Convención, su Comité, creado por la misma Convención[4] para monitorear el cumplimiento de sus disposiciones, tiene la facultad de hacer sugerencias y recomendaciones en referencia a los reportes enviados por los Estados.[5] Aunque en menor medida que hace 15 años, como reflejan las Observaciones finales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, (Comité de la CEDAW por sus siglas en inglés[6]) que analizan el cuarto y quinto informe periódico presentados por el Ecuador[7], es común encontrar casos en los que se niegan oportunidades en diferentes sectores sociales a las mujeres.

1 UNIFEM. *Derechos humanos de las mujeres: normativa, interpretaciones y jurisprudencia internacional*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

2 Después de la Primera y Segunda Guerra Mundial, se constituye la Organización de las Naciones Unidas con la Carta de la ONU y, posteriormente, por medio de la Comisión encargada, presidida por E. Roosevelt, se redactó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

3 Ministerio De Educación. "El Avance De Los Derechos De La Mujer En El Siglo XX." *Educación Cívica* (n.d.): n. pag. *Ministerio De Educación Argentina*. 13 Mar. 2012. Web. 5 Julio 2014. <http://escritoriodocentes.educ.ar/datos/recursos/pdf/etica/el_avance_de_los_derechos.pdf>.

4 Art. 17 Naciones Unidas. Asamblea General. *Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. New York: United Nations, 1979*.

5 *Id*. Art 21.

6 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW).

7 CEDAW. Observaciones finales del Comité: Ecuador. 18/07/2003. A/58/38, paras. 282–336.

Sucesos como aquellos demuestran que la discriminación y la violencia contra la mujer están todavía presentes en la estructura social de la nación ecuatoriana. Ciertas prácticas se encuentran plasmadas en nuestra cultura desde tiempos remotos, como la creencia de que la mujer es la encargada de la limpieza del hogar, o bien, la responsable de educar y cuidar a sus hijos mientras el padre se ocupa de trabajar. Incluso, no es difícil ver situaciones donde niñas se ven privadas de su derecho al estudio debido a la necesidad de cumplir con sus responsabilidades en el hogar. Tomando en cuenta estos antecedentes, el Estado ha ratificado y se ha adherido a diversos instrumentos internacionales, en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano[8] y, de igual manera, ha adoptado políticas públicas con el fin de favorecer la posición de la mujer en el orden social, como es el sistema de cuotas en el acceso a cargos públicos que será analizado posteriormente.

En el Ecuador, la Constitución Política consagra entre sus principios rectores a la igualdad y, en consecuencia, no tolera la discriminación bajo ninguna forma o tipo.[9] Conforme a ello, y en orden a sus obligaciones internacionales y constitucionales, el Estado ha implementado una serie de acciones positivas a favor de la mujer, las cuales están directamente vinculadas con la protección del derecho a la igualdad de género, a fin de ofrecerles mecanismos que reconocen la discriminación histórica que han sufrido y que buscan remediarla, como será abordado más adelante. No obstante, a raíz de la implementación de estas medidas, un sector de la doctrina opina que la eliminación de este fenómeno en un grupo históricamente afectado por la discriminación, como las mujeres, genera desigualdad entre otros individuos. Es decir, que la acción positiva a favor de la mujer es considerada como un tipo de discriminación indirecta, pues desfavorece al género masculino. Esto implicaría que sin que exista un mecanismo de discriminación directa en contra de los hombres, es decir políticas y leyes que abiertamente los discriminen, al implementarse medidas de acción positiva se estaría llegando al mismo resultado de discriminación contra los hombres pero de manera indirecta. Sin embargo, como será analizado en

8 Entre ellos se encuentran: Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, entre otros.

9 'Forma' de discriminación se refiere a la manera en que esta puede ser manifestada, mientras que 'tipo' de discriminación hace referencia contra quién va dirigida. Los artículos que hacen referencia a este tema en la Constitución del Ecuador son Art. 66.4, Art. 57, Art. 83, y Art. 23.

el presente trabajo, esta opinión se genera debido a la confusión conceptual que existe entre acción positiva y discriminación indirecta, la cual se entiende también bajo la denominación de discriminación positiva o inversa, en el entorno social.

Desde esta perspectiva, esta investigación busca: en primer lugar, explicar el origen, el alcance y los efectos de la acción afirmativa. En segundo lugar, tiene el propósito de que tanto la comunidad como los defensores de la igualdad de género comprendamos la naturaleza de la acción positiva y la identifiquemos con otras medidas de erradicación de la discriminación como son las medidas de discriminación positiva o inversa, lo cual se comprenderá a continuación. Finalmente, consideramos que conocer a fondo los fundamentos de esta institución permitirá a los miembros de la sociedad exigir su efectivo cumplimiento al Estado para poder favorecer equidad de género en su entorno; por tanto, la acción positiva será una herramienta para la lucha contra la discriminación hacia la mujer.

2. Conceptos generales

De conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, siempre estará íntimamente ligada al principio de igualdad y no discriminación. De tal modo, si un Estado incumple su obligación general de respeto y garantía de derechos humanos, mediante un trato discriminatorio, ello le generará responsabilidad internacional.

El Comité de Derechos Humanos ha definido a la discriminación como:

> [...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.[10]

10 O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.

De forma simultánea conviene explicar lo que se comprende por discriminación directa y discriminación indirecta. María José Añon, catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia, explica que la primera sucede cuando por diversos factores como el género, raza, o religión, una persona es tratada diferente y de forma desfavorable.[11] Por otra parte, Miguel Díaz y García Conlledo, especialista en la protección de minorías, particularmente extranjeros, afirma que la discriminación indirecta sucede a menudo mediante "prácticas o medidas que siendo formales o aparentemente neutras poseen, sin embargo, un efecto adverso sobre los miembros de un determinado grupo minoritario".[12] Para poder diferenciar estos tipos de discriminación, a pesar de que ambas tengan el mismo efecto desfavorable, la discriminación directa siempre va a caracterizarse por un elemento subjetivo, es decir, la intención de discriminar, mientras que el elemento subjetivo de la discriminación indirecta es la intención de acelerar la igualdad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 13/03 determina que es necesario distinguir aquellas situaciones en las cuales el Estado realiza distinciones legítimas, y cuando realiza prácticas discriminatorias, de modo que una distinción es admisible cuando sea proporcional, razonable y tenga un objetivo legítimo. La vinculación entre el principio de igualdad y no discriminación suele ser confundido, sin embargo para su comprensión el tribunal de la Corte Interamericana determina que "[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio".[13]

Por consiguiente, la Corte Interamericana establece con base en el principio de no discriminación y de igualdad, los cuales son fundamentales para la protección de los derechos humanos, que todos los Estados deben eliminar todas las regulaciones que mantengan un carácter discriminatorio, así como tienen el deber de no introducir aquellas regulaciones en el ordenamiento y luchar contra las prácticas con carácter discriminatorio.[14]

El desarrollo del tema de la igualdad de género supone la presencia de conceptos como discriminación, igualdad, acción positiva, acción negativa, y

11 Añon, María José. *Igualdad, Diferencias Y Desigualdades*. México: Fontamara, 2001. pp. 29-31.
12 Díaz Y García Conlledo, Miguel, and Inés Olaizola Nogales. *Protección Y Expulsión De Extranjeros En Derecho Penal*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2007. p. 435.
13 Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.
14 Opinión consultiva oc-18/03, 17 de septiembre de 2003, condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. párr. 88.

otros. Con el propósito de aclarar el concepto de la acción positiva, y su función real en el Ecuador, es pertinente la explicación de los términos que generalmente giran en torno a ella, sin los cuales esta figura sería inconcebible. Se considera que la acción positiva es una de las herramientas más efectivas para concretar el principio de igualdad en el que se basa el constitucionalismo moderno.[15] Por tanto, para comprender plenamente el ámbito de la acción positiva se debe partir del principio de igualdad, desde una perspectiva de género, como se verá en la siguiente sección.

Para comenzar, muchos desconocen el concepto de acción positiva, lo cual implica el desconocimiento también de la función principal de esta medida, que consiste en mantener la equidad de género en el ordenamiento jurídico y en la sociedad.[16] Sin duda, para que el derecho constitucional a la igualdad de género sea efectivo, se requiere de forma estricta, el conocimiento y la utilización de mecanismos para la lucha contra la discriminación como la acción positiva, también conocida como acción afirmativa por su nombre en inglés , cuyo objetivo es la eliminación de la discriminación hacia un determinado grupo social.[17] Es así que el Comité CEDAW explica que: "Las palabras 'acción afirmativa' se utilizan en los Estados Unidos de América y en varios documentos de las Naciones Unidas, mientras que 'acción positiva' tiene uso difundido en Europa y en muchos documentos de las Naciones Unidas".[18]

Aunque existan distintos conceptos sobre acción positiva, ya que no tiene una definición universalmente aceptada, en el Informe Final hecho para la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, Marc Bossuyt las define como el "conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva".[19]

---

15 Luis López Guerra en Flores G., Fernando. Coord. "La igualdad como principio básico del constitucionalismo". *Género y Derecho Constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2003. P. 16.
16 Rosenfeld, Michel. "Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis". *Acciones Afirmativas*. p.40.
17 Ruiz Miguel, Alfonso. "Sobre las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres." *Op. Cít*. p. 186.
18 Recomendación General No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.
19 Bossuyt, Marc "El concepto y la práctica de la acción afirmativa". Informe final Resolución 1998/5. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, ONU. 17/06/2002.

Bajo el mismo fundamento de estas medidas de remediación, se encuentra la discriminación inversa, también conocida como discriminación positiva o indirecta. Esta medida tiene el mismo fin que la acción positiva, es decir, alcanzar la igualdad sustancial. Su característica principal es que al ser aplicadas favorecen a un grupo determinado, pero al mismo tiempo perjudican, o desfavorecen a otro.[20]

Por consiguiente, la CEDAW en el primer párrafo del artículo 4 menciona que:

> La adopción por los Estados Partes de **medidas especiales de carácter temporal** encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. [Énfasis añadido][21]

De esta disposición se desprende que las acciones positivas o afirmativas y la discriminación positiva inversa son ambas medidas especiales de carácter temporal. Conforme a la CEDAW, aquellas que están destinadas a conseguir igualdad de hecho[22] entre hombres y mujeres, comprenden una serie de instrumentos, prácticas y políticas de distinto tipo, sea legislativo o reglamentario.[23] El mismo organismo explica que se debe comprender el término “especiales” por el objetivo determinado para el cual estas medidas están destinadas. Finalmente, refiriéndose a la característica de temporalidad, la CEDAW manifiesta que las medidas “deben suspenderse cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un período de tiempo”.[24]

---

20 Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. “La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español”. (181-194) Anuario Jurídico y Económico Escurialense. Madrid: Universidad Carlos III, 2007.

21 Art 4. Naciones Unidas. Asamblea General. *Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. New York: United Nations, 1979*.

22 Por “igualdad de hecho” se entiende como la equiparación real y efectiva que tienen todos los individuos en un Estado tomando en cuenta su posición social real.

23 Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal. pr. 18-24.

24 *Ibídem*.

2.1. Igualdad de género: Mecanismos que existen para alcanzarla

A fin de comprender en qué consiste y el alcance de la igualdad de género, es conveniente comprender lo que implica la discriminación contra la mujer. De este modo podremos ver como ambos fenómenos se vinculan y se oponen uno al otro.

La CEDAW define la discriminación contra la mujer de la siguiente manera:

> […] toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.[25]

La relevancia de esta definición se comprende cada vez que un organismo autorizado interpreta la misma en casos de discriminación contra la mujer. Judith Salgado, docente de la Universidad Andina Simón Bolivar y coordinadora del Programa Andino de Derechos Humanos (PADH), destaca dos aspectos esenciales de este concepto. En primer lugar, la discriminación puede ocurrir incluso cuando las acciones que la generaron no tuvieron ese propósito; por ejemplo, la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres, que a pesar de haber sido una medida de protección para las mismas, en la práctica resultó ser una práctica discriminatoria. En segundo lugar, esta definición amplía la esfera de discriminación, incluso a ámbitos cotidianos y familiares.[26] Es decir, en un principio se medía la discriminación únicamente en el contexto laboral o en la participación política, sin embargo, hoy en día se analizan en las relaciones directas de la sociedad.

Desde esta perspectiva, Luis López Guerra, juez español en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, explica que el principio de igualdad de género parte del gran principio de igualdad, respecto del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que:

---

25 Art. 1. Naciones Unidas. Asamblea General. *Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. New York: United Nations, 1979*.
26 Judith Salgado en Flores G., Fernando. Coord. *Op. Cít*. p 127.

> [l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.[27]

En un comienzo, el principio de igualdad tomó un significado particular bajo las circunstancias de la etapa revolucionaria francesa en 1789, en la que la condición jurídica y social de cada individuo dependía de las categorías sociales derivadas del nacimiento.[28] Ante estos acontecimientos surgió la idea de proclamar la igualdad ante la ley. Esto supondría que todos los individuos estén sujetos a un derecho común entre ellos, y por lo tanto que sean tratados como iguales, bajo una misma jurisdicción. En orden a ello, el artículo 6 de la Declaración Francesa de 1789 determina que:

> [La ley] debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y su talento.[29]

Sin embargo, cabe destacar que los revolucionarios no consideraban a la igualdad como el trato uniforme a todas las personas, pues, las distinciones generadas por razones como el mérito, el esfuerzo o la capacidad de un individuo estaban plenamente justificadas.[30] De igual manera, es importante notar que la igualdad que nació en la revolución francesa era formal, es decir ante la ley. En consecuencia, Fernando Flores, Profesor de Derecho Constitucional, menciona: "no suponía, pues, una actividad positiva o prestacional del Estado, sino una restricción de la libertad de acción del poder público".[31]

---

27 Opinión Consultiva OC-4/84. *Op. Cít*. párr. 55.
28 Luis López Guerra en Flores G., Fernando. Coord. *Op. Cít*. P. 16.
29 Artículo 6 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789.
30 Ruiz Carbonell, Ricardo. La evolución histórica de la igualdad entre mujeres y hombres en México. p. 72.
31 Luis López Guerra en Flores G., Fernando. Coord. *Op. Cít*. p. 17.

Con los años, este concepto tomó un giro importante. En primer lugar, ya no existen razones que justifiquen la desigualdad de trato, tanto en el ámbito jurídico como en el medio social. En segundo lugar, el principio de igualdad ya no implica solamente una prohibición al poder político frente a los ciudadanos, pues ahora representa diferentes aspectos bajo los cuales el poder público busca mecanismos para remediar la inequidad que existe en la sociedad. Entre estas herramientas de remediación de la inequidad es factible encontrar a la acción protectora y la acción compensadora en países como España, y la acción positiva y medidas de discriminación indirecta a nivel mundial.[32]

Se considera como acción protectora a todas aquellas disposiciones que tienen como finalidad proteger a las mujeres; es decir, defenderlas ante peligros externos que provengan de desventajas o debilidades ajenas al mismo género, aunque parte de una concepción de debilidad del género femenino.[33] Ejemplos de este tipo de acción son las disposiciones relativas a la edad de jubilación, o las pensiones por viudedad; pues, ambas parten de la concepción de que la mujer debe trabajar menos o bien, que no puede subsistir sin su cónyuge. En el mismo sentido, la catedrática de la Universidad de Madrid, Magdalena Lorenzo, diferencia a la acción protectora de la acción compensadora en que la segunda busca eliminar o remediar fenómenos de discriminación ya producidos, por distintos medios como las sanciones a quienes ya hayan practicado formas de diferenciación en puestos de trabajo.[34]

La discriminación inversa tiene una connotación diferente. Al respecto Lorenzo establece que ella es una modalidad de acción positiva y explica que es "la que supone, al conceder ventajas a un colectivo (sexo femenino) y desventajas para el otro".[35] Por ejemplo, ante la preferencia de las mujeres en las plazas de trabajo en un contexto de igualdad de méritos,

32 Rey Martínez, Fernando. "La Discriminación Por Razón De Sexo En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional." *La Mujer Como Víctima: Aspectos Jurídicos Y Criminólogos*. Ed. Angela Sanroma, Cristina Cristina, and Silvia Valmaña Ochaíta. Cuenca: Ediciones De La Universidad De Castilla-La Mancha, 2000. 82-84.
33 Emakunde. Base legal de la acción positiva. País Vasco: Instituto Vasco de la Mujer y la Unión Europea, 2007. (n.d). Web. 3 julio 2014. <http://www.emakunde.euskadi.net/contenidos/informacion/pub_informes/es_emakunde/adjuntos/biblio_tema_digit_es.pdf> p. 25.
34 Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. "La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. Madrid: Universidad Carlos III, 2007. p. 191.
35 *Ibídem*.

se desfavorece a los hombres que tengan los mismos, o más méritos que aquellas mujeres. Desde otro plano, Teresa Pérez del Río, catedrática del Derecho de Trabajo y de Seguridad Social de la Universidad de Cádiz[36], entiende a la discriminación positiva, también llamada discriminación inversa, como aquella que busca privilegiar a los miembros de una minoría vulnerable[37], con la particularidad de que el beneficio que se hace a estos miembros perjudica de forma visible a los miembros de otros grupos, mayoritarios o minoritarios. Este tipo de actitud frente a la desigualdad se refleja en "el trato desfavorable en virtud de una característica que no aparece inmediatamente vinculada al sexo, pero que, en la práctica, supone poner a la mujer en una posición desfavorable".[38] La discriminación inversa persigue un determinado resultado, y lo garantiza; su forma más eficiente para el efectivo cumplimiento y aplicación es la imposición directa de una obligación al resto de ciudadanos, generalmente mediante la aplicación del sistema de cuotas a favor de las mujeres, mismo que explicaremos en la siguiente sección.

2.2. Definición y elementos de la acción positiva

La acción positiva consiste en la determinación y establecimiento de medidas, de manera temporal, a fin de crear oportunidades iguales para todos y todas; y que por medio de ellas, se logre erradicar las actitudes discriminatorias en la sociedad, así como la concepción diferenciadora para el trato de las personas.[39] Greenwalt, analizando los textos de Alfonso Ruiz Miguel, afirma que las acciones positivas o afirmativas consisten en:

> [Las] políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan,

36 Pérez del Río, Teresa. *Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2005. PDF. p. 4.
37 Respecto de las minorías vulnerables INREDH "Diversidad: ¿Sinónimo de Discriminación? "p. 68.:"Los grupos minoritarios no son necesariamente inferiores en número, sino que son aquellos que se enfrentan con el prejuicio y el tratamiento desigual porque son vistos, de alguna manera, como inferiores. En esa dinámica, la expresión minoría es sinónimo de falta relativa de poder y el grupo mayoritario, por el contrario, posee el poder político, económico e ideológico muchas veces vinculado con al acceso o control del aparato estatal."
38 Pérez del Río y Sáez Lara citados en Figueruelo Burrieza, Ángela. "La mujer en la Constitución Española". *El discurso jurídico*. (Texto de conferencia dictada en la Universidad de Salamanca 23-octubre-2003). p. 5.
39 Barrére, María de los Ángeles. *Acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión*. p. 24.

> bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentados, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan mayor representación.[40]

Alfonso Ruiz Miguel, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, considera que las acciones positivas son "una forma de diferenciación para la igualdad". [41] Para Raquel Osborne, socióloga especialista en materia de género y directora del Máster en Feminismo y Género en la UNED, es necesario diferenciar a las acciones positivas entre cuotas y objetivos. Sobre esta distinción establece que "los objetivos marcarían un programa de acción positiva no cuantificada", mientras que las cuotas crean y garantizan un determinado número de plazas a través de varios mecanismos de discriminación inversa.[42] Ambos autores coinciden en que las medidas de cuotas y objetivos tienen el propósito de propagar un nivel mayor de igualdad social sustantiva dentro de aquellas sociedades que no han superado asuntos de discriminación o desigualdad en el acceso de oportunidades.[43] Sin embargo, Osborne argumenta que el sistema de cuotas es el medio por el que se efectivizan las acciones afirmativas por su obligatoriedad, los objetivos son simples indicativos que no exigen que se adopte una medida.

Las funciones y los objetivos de la acción positiva, varían dependiendo de su campo de operación. No obstante, para comprender su función actual como herramienta igualatoria entre hombres y mujeres es necesario explorar su origen y evolución. En este sentido, la acción positiva, conocida en varios países como acción afirmativa, nace en Estados Unidos a partir de la Segunda Guerra Mundial.[44] Partió de ser una política pública fundamentada en el derecho antidiscriminatorio a favor de las minorías segregadas de afroamericanos en el campo laboral. En este período se distinguió las acciones afirmativas blandas, enérgicas y rompedoras.[45] Las o acciones blandas, presentan oportunidades a todos los sectores sociales sin generar ninguna distinción de sexo o raza.[46] Las acciones enérgicas, otorgan una ventaja a las minorías segregadas, no obstante, no excluyen a las personas

40 Greenwalt, 1983 citado en Rosenfeld, Michel. *Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*. USA: Yale University Press, 1991. p.5
41 Alfonso Ruiz Miguel en Osborne, Raquel. Osborne, Raquel. "Grupos minoritarios y acción positiva: Las mujeres y las políticas de igualdad". *Papers*. 53 (1997): 95-76. Barcelona: UNED. PDF. p.68.
42 *Ibídem*.
43 Ruiz Miguel, Alfonso. "La discriminación inversa y el caso Kalanke.". p. 126
44 Emakunde. *Op. Cít*.. p. 9.
45 Emakunde. *Op. Cít*. p. 10.
46 *Ibídem*.

que no se benefician de ellas.[47] Finalmente, las o acciones rompedoras, son aquellas que de forma absoluta protegen y prefieren a los beneficiarios de las mismas.[48]

La larga evolución de esta institución en Estados Unidos tuvo como resultado su establecimiento y alcance que posee en la actualidad; además fue de gran importancia debido a que el origen y desarrollo posterior de las acciones afirmativas en este país se vio reflejado a nivel internacional. Tal ha sido el proceso que su fundamentación actual reside “en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, luego enmendado por la Ley de Igualdades en el Empleo de 1972”.[49] A partir de esta enmienda, el Tribunal Supremo de Estados Unidos se pronunció a favor de la acción positiva para el género femenino y, por ende, ésta quedó consolidada en su sistema jurídico, “incluso en su modalidad de cuotas y trato preferente” de acuerdo a Ermanduke.[50] Su consolidación definitiva se vio definida en el caso en 1987.[51] En él, la Corte Suprema analizó la posibilidad de promocionar a una candidata mujer que alcanzó una posición inferior a un candidato del otro sexo y, en observancia de un plan de acción positiva que tenía el propósito de incrementar la representación femenina en varios sectores, fue seleccionada para ocupar el cargo.

En el contexto actual, informes del gobierno de los Estados Unidos reportan que los programas de acciones afirmativas cumplen un rol importante en la estructura de su sociedad. Por ejemplo, un estudio hecho por la Comisión Ciudadana de los Derechos Civiles demuestra que las mujeres hacen más ganancias en compañías que mantienen negocios con el Estado Federal, en consecuencia de los programas, a diferencia de otras compañías. De tal modo, el empleo para mujeres se elevó en un 15% en contrataciones federales y solamente en un 2% en otros sectores. El mismo reporte demuestra que los niveles de empleo son más elevados y mejor remunerados en el sector parte del programa, a diferencia de otros sectores externos.[52]

47 *Ibídem*.
48 *Ibídem*.
49 Barrére, María de los Ángeles. *Acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión*. Madrid: Universidad del País Vasco, 1997.
50 Emakunde. *Op. Cít*. p. 11.
51 *Johnson v. Transportation Agency 480 USA 616*. (1987).
52 Citizens’ Commission on Civil Rights, Affirmative Action to Open the Doors of Job Opportunity, 1984. pp. 123-129.

3. La acción positiva como una forma de discriminación

Suena contradictorio, pues se acabó de explicar que la acción positiva es un mecanismo de lucha contra la discriminación, ¿cómo podría entonces ser comprendida como una forma de discriminación? Consideramos que para que la acción positiva, bajo todas sus manifestaciones, no sea considerada como un tipo de discriminación requiere que cada Estado no la conciba desde una perspectiva de debilidad o inferioridad de la mujer, sino desde concepciones, prácticas y mentalidades discriminatorias que aún no han sido erradicadas en el medio social. El objetivo de la acción afirmativa es eliminar estas ideas de la sociedad, más no igualar a la mujer por medio de la supresión de aquellos obstáculos que impiden la igualdad de trato, lo que, consecuentemente generaría discriminación.[53] Por ejemplo, por medio del sistema educativo concientizar a los niños sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, de forma que en el futuro no deban reservarse plazas de trabajo para las mujeres.

3.1 Diferencias entre la acción positiva y la discriminación indirecta

El uso de medidas de discriminación positiva o inversa es muy cuestionado pues su aplicación puede implicar situaciones extremas, como cuando se prescinde de los méritos en el campo laboral, lo cual conlleva a que esta figura sea moral y jurídicamente discutida debido al desfavorecimiento de individuos que se encontraban en situaciones de igualda. La falta de una definición clara acerca de discriminación inversa lleva a menudo a la confusión conceptual entre ésta y lo que conocemos como acción positiva.[54] Esta indeterminación ocasiona que muchos se resistan a la aplicación e implementación de acciones positivas en el orden jurídico y social, pues al equipararlas con medidas de discriminación indirecta muchas veces las consideran innecesarias o injustas.

Mientras que las acciones positivas, ya explicadas con anterioridad, representan a todas las medidas que buscan el establecimiento de la igualdad y la completa erradicación de actitudes discriminatorias, la discriminación positiva o inversa es simplemente un tipo más de acción positiva.[55] Emakunde, el Instituto Vasco de la Mujer que coordina y evalúa las políticas de igualdad, argumenta que

53 Beauchamp, Tom L. "In Defense of Affirmative Action." p. 145.
54 Beauchamp, Tom L. *Op. Cít*. p. 133.
55 Ruiz Miguel, Alfonso. *Op. Cít*. p. 125.

la discriminación inversa, como una forma de acción positiva, puede tomar dos modalidades.[56] La primera como sistema de cuotas, en el que se guarda o reserva un determinado número de plazas a ciertos miembros de un grupo. La segunda como tratos preferentes a los grupos víctimas de discriminación que se busca favorecer.[57]

Por ejemplo, para diferenciar en el campo de aplicación ambos conceptos, se puede analizar el caso de las condiciones de acceso a un trabajo. En orden a la acción positiva para igualar estas condiciones entre hombres y mujeres se ofrecerían cursos de formación, becas e inclusive incentivos económicos a los contratantes de mujeres. La discriminaciinversa por el contrario, a fin de concretar el resultado deseado, simplemente implementa normas que imponen la obligación de contratar mujeres durante un determinado plazo hasta lograr eliminar la inequidad en el sector, o bien, se establecen cuotas reservadas a favor de las mujeres o se fija preferencia para las mujeres ante situaciones en las que existen igualdad de méritos. De tal modo, con las medidas de discriminación inversa se crea una obligación directa en los ciudadanos en la que la diferencia de trato refleja de forma evidente una posición de desventaja de un sector, en este caso de los hombres, que se encuentran en igualdad de condiciones, excepto en cuanto a su género.

Alfonso Ruiz Miguel utiliza dos criterios para distinguir a la discriminación inversa de todas las demás formas que puede tomar la acción positiva: “la atribución de una preferencia por determinados rasgos y la existencia de una particular escasez de recursos”.[58] Lo cual quiere decir que para que se aplique una medida de discriminación inversa se debe dar una ventaja a un conjunto de personas con ciertas cualidades y, frente a ello, debe existir una situación de oferta limitada de algún bien u oportunidad.

Es posible determinar tres diferencias entre ambos mecanismos de acción a favor de la igualdad de género.[59] Las cuotas, como instrumento de la discriminación inversa, se usan para casos específicos de individuos que sufren y se encuentran en situaciones inmodificables. Segundo, la acción positiva no causa un prejuicio latente a las personas que no se benefician de ella, como en este caso los hombres, pero la discriminación inversa lo hace debido a la desventaja ante la cual se encuentran, pues por no pertenecer al

56 Emakunde. *Op. Cít*. p. 11.
57 *Ibídem*.
58 Ruiz Miguel, Alfonso. *Op. Cít*. p. 126.
59 Pérez del Río, Teresa. *Op. Cít*. p. 23

grupo beneficiado se verán privados de cierto recurso limitado. Finalmente, la discriminación inversa si no se encuentra debidamente fundamentada y motivada por el Estado, corre el riesgo de transformarse en discriminación indirecta, de no ser por la determinada finalidad que cumple, en este caso, eliminar y erradicar la discriminación a causa de género.[60]

Con el fin de que la acción positiva, y con ella la discriminación inversa, no se vuelvan formas de discriminación indirecta, deben cumplir con determinados requisitos.[61] Respecto de ellos, Luis López Guerra menciona en primer lugar, las medidas que sean tomadas como acción positiva serán deberes constitucionales; los sistemas de cuotas constituyen una forma para llevarlos a cabo y estos pueden verse influidos de forma positiva por el poder político al mando. En segundo lugar, la discriminación inversa debe ser usada únicamente cuando la igualdad no pueda ser alcanzada mediante otros tipos de acciones positivas, como la asignación de recursos, la determinación de objetivos en temas de promoción y contratación o los sistemas de cuotas antes mencionados. Tercero, para implantar estas medidas se debe demostrar la desigualdad de hecho de forma objetiva. Por ejemplo, un estudio que demuestre que hay un porcentaje mucho más elevado de hombres en una empresa, que de mujeres. Cuarto, la discriminación inversa y sus diferentes modalidades deben tener carácter temporal y transitorio. Y por último, la discriminación positiva debe ser manifestada en la ley, ya que puede afectar los derechos constitucionales de los demás ciudadanos que no se benefician de ellas.[62]

3.2. Acción positiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Desde la Asamblea Constituyente que tuvo lugar en 1997 y 1998 se incorporó un "enfoque de género en los derechos humanos reconocidos en el marco constitucional ecuatoriano".[63] Cabe recalcar que, a pesar de que solo siete de los setenta asambleístas electos fueran mujeres, se consiguieron importantes avances en materia de género y derechos humanos. Para Judith Salgado esto se debe a las reformas constitucionales que propusieron diversos movimientos femeninos y además del importante seguimiento que se dio a este asunto al interior de la Asamblea Constituyente.[64]

60 *Ibídem*.
61 Luis López Guerra en Flores G., Fernando. Coord. *Op. Cít*. p. 20.
62 *Ibídem*.
63 Judith Salgado en Flores G., Fernando. Coord. *Op. Cít*. p. 125.
64 *Ibídem*.

La Constitución de 1998, en su disposición transitoria decimoséptima, señala que las mujeres tendrán el 20% de participación en las listas electorales pluripersonales. Esta disposición, ante la crítica permanente de los movimientos feministas que buscaban la inclusión de las mujeres a las plazas de poder público, fue complementada por la Ley de Elecciones, la cual elevó hasta el 50% el número de mujeres candidatas exigido para el proceso electoral. Sin duda, esto evidencia una clara acción positiva en el ordenamiento jurídico a favor de las mujeres con el fin de incluir al género femenino en los espacios de decisión política.[65]

La Constitución de la República del Ecuador del 2008 dispone diversas obligaciones estatales con el fin de construir una sociedad no discriminadora e inclusiva. Entre estas obligaciones se encuentra la adopción de acciones positivas (la Constitución las llama "acciones afirmativas", lo cual conforme se explicó al inicio no tiene ninguna connotación semántica) que aseguren la igualdad formal para los sujetos que estén en condiciones de desigualdad o ante situaciones discriminatorias, tal como lo prescribe el artículo 11, en el párrafo final del numeral 2: "El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad". Esto incluye la creación y ejecución de políticas públicas que persigan la igualdad de género. Además, dentro del mismo artículo, en su primer inciso, se constata la presencia del principio de igualdad y de no discriminación.

Entre las obligaciones estatales también se encuentra la incorporación de la perspectiva de género en los planes y los programas que promueve el Estado[66], crear las condiciones que garanticen los derechos constitucionales, así como los principios, entre ellos y muy importantes, el de igualdad y no discriminación. Igualmente, se menciona la importancia de dar mayor prioridad en sus políticas y acciones destinados a los grupos que merezcan una consideración especial por la existencia de violencia, exclusión o discriminación.[67]

En relación a las mujeres, representa otro deber del Estado la implementación de las herramientas necesarias para que todas las mujeres tengan el mismo acceso al empleo, a la formación profesional, a una remuneración equitativa

65 Judith Salgado en Flores G., Fernando. Coord. *Op. Cít*. p. 129.
66 Art. 70 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial no. 449 de 20 de octubre de 2008.
67 *Id*. Art. 341.

y proporcional, y a la iniciativa de trabajo autónomo.[68] Sin embargo, aquí también cabe mencionar la situación de las mujeres embarazadas, respecto de las cuales ya se han tomado ciertas medidas. Por ejemplo, la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y el Código del Trabajo[69], donde se modifica la normativa respecto de la licencia con remuneración por maternidad en caso de nacimientos de más de un hijo, a favor de trabajadoras y servidoras públicas, pero al mismo tiempo modifican la licencia por paternidad. Es pertinente ver que la situación es diferente a la de las mujeres que dan a luz a un solo hijo. Por tanto, esto conlleva a cuestionarnos, ¿se ha tomado una medida de discriminación inversa dentro del mismo grupo?

Un último deber estatal establecido en el artículo 65 de la Constitución del Ecuador constituye la promoción de la representación distribuida equitativamente entre hombres y mujeres en las funciones de dirección y decisión pública. Esto refleja la disposición del Estado para adoptar acciones positivas para lograr la completa participación de los grupos segregados. En efecto, la Constitución menciona reiteradamente que se propenderá a la paridad de género y a la igualdad de oportunidades[70]; de igual manera lo hace en la sección referente a la participación política y en cada una de las secciones que habla sobre la designación de funcionarios públicos; por ejemplo, los servidores judiciales[71], entre ellos los vocales del Consejo de la Judicatura[72] y los jueces de la Corte Nacional de Justicia.[73] Así, de forma explícita, la ley lo prescribe de la siguiente forma:

> Art. 65.- El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y secuencial.
> El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados.

---

68 *Id*. Art. 331.
69 Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y el Código del Trabajo. Registro Oficial No.528 de 13 febrero de 2009.
70 Art. 61.7 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial no. 449 de 20 de octubre de 2008.
71 *Id*. Art. 176.
72 *Id*. Art. 179.
73 Art. 183 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial no. 449 de 20 de octubre de 2008.

En consecuencia, ya han sido incorporadas en nuestro régimen varias políticas públicas. Un claro ejemplo es el Plan de Igualdad de Oportunidades[74], o también, el Plan Nacional de Erradicación de la Violencia Intrafamiliar y de Género, hacia la Niñez, Adolescencia y Mujeres.[75] Este último tiene cinco ejes: la transformación de patrones socioculturales, el sistema de protección integral, el sistema de registro, el acceso a la justicia y la institucionalidad. Esto evidencia notablemente una estructura completa para el desarrollo del plan. Sin embargo, su cumplimiento se ve condicionado a la acción conjunta de varias instituciones, como el Ministerio del Interior, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, el Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia, entre otras. No obstante, vale anotar que debido a la cantidad de órganos involucrados, la ejecución y desarrollo del plan puede verse comprometido en muchos aspectos, debido a su falta de coordinación interinstitucional. Incluso esta política pública presenta diversos datos y consideraciones que la fundamentan y hacen de ella una medida razonable y proporcional.[76] En cuanto a su temporalidad, parece ser implícita, pues al ser un plan de acción, una vez que se logren los objetivos de cada uno de sus ejes, se cumplirá la meta del plan.

Todas las tareas estatales ya mencionadas no pueden llevarse a cabo únicamente por parte del Estado, requieren de forma necesaria la participación de la ciudadanía. Es deber y responsabilidad de la ciudadanía promover la unidad y la igualdad en la diversidad.[77] Igualmente, es interesante notar que la mayoría de acciones que se evidencian en la Constitución son cuotas de participación política para las mujeres. No obstante, la adopción de políticas públicas en forma de objetivos toman gran importancia en el programa de acciones afirmativas para las mujeres, debido al desarrollo de planes progresivos que tiendan a eliminar las desigualdades de la estructura social ecuatoriana.

Los avances legislativos en esta materia dentro de los países andinos, en su gran mayoría se fundamentan en tratados y acuerdos internacionales sobre planes de acciones afirmativas a favor del género femenino. Dentro de este marco el Ecuador ha participado en varias conferencias internacionales,

74 Decreto Presidencial 22 marzo de 2006.
75 Decreto Presidencial, 10 septiembre de 2007.
76 Esta información se encuentra disponible en: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/08/plan_erradicacionviolencia_ecuador.pdf
77 Art. 83 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial no. 449 de 20 de octubre de 2008.

como la de Nairobi en el año 1985 que tuvo como propósito principal eliminar la violencia contra la mujer[78]; la Sexta Cumbre Mundial sobre la Mujer realizada en 1995 en la ciudad de Beijing, que tuvo particular influencia en la promoción de leyes de cuotas a nivel mundial[79]; y, la segunda Conferencia sobre Derechos Humanos que aprobó la Declaración de Viena, en la cual se consideró todas las modalidades de violencia contra niñas y mujeres como atentado a la dignidad humana, integridad física y una violación contra los derechos humanos.[80]

La educación es una pieza fundamental como mecanismo de eliminación de prejuicios sociales. La Constitución declara que la educación es de suma importancia para conocer y ejercer los derechos y formar un país soberano, por lo que debe tener un enfoque sobre los derechos humanos, la inclusión social, y no puede dejar de lado la equidad de género.[81] Conforme al precepto constitucional, el 29 de abril de 2008 se inició el Programa Nacional de Educación para la Democracia y el Buen Vivir[82], que busca en particular formar futuros ciudadanos y ciudadanas capaces de transformar la sociedad ecuatoriana por medio del ejercicio práctico de principios y valores democráticos a favor de la equidad, la promoción de la interculturalidad, la inclusión social y la tolerancia a la diversidad.

4. Conclusiones

No es posible ignorar que las mujeres son, y han sido a lo largo de la historia, un grupo vulnerable, y en efecto, víctima de discriminación. No obstante, la constante y perpetua lucha por la igualdad de derechos frente al género masculino ha desarrollado numerosas técnicas para impedir que sigamos siendo víctimas del prejuicio social. Los programas, las políticas y todas las medidas tomadas por la comunidad internacional y por el Estado mismo han promovido la participación, y de alguna manera han superado la segregación del género masculino. Los principios y derechos a favor de las mujeres constituyen herramientas básicas para la defensa y la reivindicación de las mujeres.

78 Esther del Campo y Evelyn Magdaleno en Prieto, Mercedes. Mujeres Y Escenarios Ciudadanos. Quito, Ecuador: FLACSO. p.277.
79 *Ibídem*.
80 *Ibídem*.
81 Art. 27 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial no. 449 de 20 de octubre de 2008.
82 Disponible en http://www.educacion.gob.ec/relacion-eed.html.

Tomando en cuenta la supremacía de los acuerdos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, se reitera que la CEDAW desde el año 1979, afirma que aquellas "medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer" no deben ser consideradas como formas de discriminación. Por tanto, una acción positiva o alguna de sus modalidades, podría ser considerada como una forma de discriminación, siempre y cuando cumpla con ciertas condiciones. Entre estas últimas, primero, es fundamental que haya un caso objetivo de discriminación a un grupo determinado y, segundo, las medidas que se tomen para eliminar la desigualdad deben ser razonables, proporcionales y temporales hasta que se logre la igualdad de facto entre hombre y mujeres.[83]

La acción positiva no implica una forma de discriminación, pues no genera ningún tipo de prejuicio contra los demás miembros de la sociedad. Aunque existan distintos conceptos sobre la acción positiva, ya que no tiene una definición universalmente aceptada, no podemos negar que consisten en una serie de medidas temporales y especiales, lo que implica que tienen un objetivo y se pueden manifestar de distintas formas. Su temporalidad las caracteriza, ya que una vez cumplido su objetivo, estas dejan de tener efecto.

Asimismo, la discriminación inversa, como una forma de acción positiva podría ser considerada como una forma de discriminación directa, en tanto no cumpla con ciertas características y condiciones. Son esos elementos los cuales la mantienen al margen de la discriminación directa. Bajo ningún caso se deben vulnerar o dar menos derechos a otros grupos con el fin de eliminar cierto tipo de inequidad, en tal caso debe existir una ponderación y equiparación de derechos entre los grupos.

La implementación de las acciones positivas consagradas en la Constitución ecuatoriana se puede evidenciar concretamente en la Ley Reformatoria a la Ley de Elecciones. En ella se estableció el deber de los partidos y movimientos políticos de conformar sus listas en al menos el 30% por candidatas mujeres, en forma secuencial y alternada, aumentando de forma progresiva en el 5% hasta llegar a la paridad entre hombres y mujeres.[84] En efecto, la implantación de estas medidas hicieron que la participación

83 Judith Salgado en Flores G., Fernando. Coord. *Op. Cít*. p. 129.
84 Cajas Córdova, Andrea. "Igualdad de género en la Constitución ecuatoriana de 2008". *Revista Electrónica de Derechos humanos*. N. 29. UASB, Julio 2011.

de mujeres llegue al 43%, aunque sin embargo, al momento de la elección solamente el 23% ocuparon los cargos públicos.[85] Esta es una clara evidencia de que el país está cumpliendo con sus obligaciones internacionales. Sin embargo, no podemos negar que en esta materia queda mucho por hacer. Las acciones afirmativas no conllevan únicamente a la promulgación de leyes o a la modificación de instituciones del Estado, sino al trabajo conjunto del aparato estatal con la sociedad con el propósito de erradicar las ideas de desigualdad de género.

85 Misión de Observación Electoral Unión Europea. *Elecciones Presidenciales y para la Asamblea Nacional 26 de abril de 2009*. Junio 2009. Disponible en: http://aceproject.org/ero-en/regions/americas/EC/ecuador-informe-final-elecciones-presidenciales-y

5. Bibliografía

Añon, María José. . México: Fontamara, 2001. Impreso.

Banco Mundial. Washington D.C.: World Bank, 2012. PDF.

Barrére, María de los Ángeles. Madrid: Universidad del País Vasco, 1997. PDF.

Beauchamp, Tom L. "In Defense of Affirmative Action." . N. 2.2 (1998): 143-158. JSTOR. Springer. 14 feb 2013. <http://www.jstor.org/stable/25115575>. En línea.

Benalcazar Alarcon, Patricio, ed. Comp. Judith Salgado. Quito: INREDH, 2001. Web. 3 Julio 2014. <http://www.inredh.org/descargas/defensores/diversidad.pdf>.

Bossuyt, Marc. "El concepto y la práctica de la Acción Afirmativa". Informe final conforme a la resolución 1998/5 de la Subcomisión Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. 53vo período de sesiones. Tema 5 del programa provisional. Prevención de la Discriminación.

Breilh, Jaime. Quito: Centro de Estudios y Asesoría de Salud, CEAS, 1996. Impreso.

CEDAW. Observaciones finales del ComiteCitizens' Commission on Civil Rights, Affirmative Action to Open the Doors of Job Opportunity, 1984.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. París, 1789.

Defensoría del Pueblo del Ecuador. Quito: Defensoría del Pueblo, 2012. Impreso.

Díaz Y García Conlledo, Miguel, and Inés Olaizola Nogales. . Las Rozas (Madrid): La Ley, 2007. Impreso.

Emakunde. País Vasco: Instituto Vasco de la Mujer y la Unión Europea, 2007. (n.d). Web. 3 julio 2014. <http://www.emakunde.euskadi.

net/contenidos/informacion/pub_informes/es_emakunde/adjuntos/biblio_tema_digit_es.pdf>

Figueruelo Burrieza, Ángela. “La mujer en la Constitución Española”. (Texto de conferencia dictada en la Universidad de Salamanca 23-octubre-2003).

Flores G., Fernando. Coord. Quito: Corporación Editora Nacional, 2003. Impreso.

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH). Patricio Benalcázar (Ed.) (1987)

Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. “La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español”. (181-194) Madrid: Universidad Carlos III, 2007.

Ministerio Coordinador del Patrimonio. “Las acciones afirmativas y el Decreto 60”. . 2 (2008):5-8. Impreso.

Ministerio De Educación. “El Avance De Los Derechos De La Mujer En El Siglo XX.” (n.d.): n. pag. . 13 Mar. 2012. Web. 5 Julio 2014. <http://escritoriodocentes.educ.ar/datos/recursos/pdf/etica/el_avance_de_los_derechos.pdf>.

Naciones Unidas. Asamblea General.18-Dic-1979.

Navarro, Marysa, compMéxico: Fondo de Cultura Económica, 1999. Impreso.

O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37

Opinión consultiva oc-18/03, 17 de septiembre de 2003, condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Osborne, Raquel. “Grupos minoritarios y acción positiva: Las mujeres y las políticas de igualdad”. 53 (1997): 95-76. Barcelona: UNED. PDF.

Pareja, Walleska A. Quito: USFQ, Colegio de Jurisprudencia, 2008. Impreso.

Pérez del Río, Teresa. **Cádiz: Universidad de Cádiz, 2005. PDF.**

Prieto, Mercedes. . Quito, Ecuador: FLACSO, Sede Ecuador, 2008. Impreso.

Reed, Carolina. Quito: Consejo Nacional de Mujeres, 1999. Impreso.

Rey Martínez, Fernando. “La Discriminación Por Razón De Sexo En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional.” . Ed. Angela Sanroma, Cristina Cristina, and Silvia Valmaña Ochaíta. Cuenca: Ediciones De La Universidad De Castilla-La Mancha, 2000. 82-84. Impreso.

Rosenfeld, Michel. Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry. USA: Yale University Press, 1991.

Ruiz Miguel, Alfonso. “La discriminación inversa y el caso Kalanke.” . N. 19 (1996): 123-140. Universidad de Alicante, Alicante. 14 feb 2013. <http://hdl.handle.net/10045/10467>. En línea.

UNIFEM. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006. < http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/TOMO-1.pdf>. En línea.

Valpuesta, Rosario. “Contrato social entre mujeres y hombres.” . 9. Quito: UASB-Ecuador / CEN, 2008. Impreso.

Vega, Silvia. Quito: Abya-Yala, 2001. Impreso.

La ley FCPA, ¿un caso de jurisdicción universal?

Víctor Cabezas

victor.cabezas@estud.usfq.edu.ec

Resumen

En 1977 se promulgó la ley *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en Estados Unidos como consecuencia del surgimiento de una política legislativa con incidencia extraterritorial. Esta normativa tiene como principal objeto la penalización de actos de corrupción cometidos fuera de Estados Unidos por personas naturales o jurídicas que posean vínculos directos con este país. Como consecuencia de la globalización de mercados y la creciente interdependencia comercial entre naciones, la aplicación de la ley FCPA ha degenerado en ejercicios arbitrarios de la potestad jurisdiccional extraterritorial de Estados Unidos. A lo largo del artículo se analizará la naturaleza normativa de la ley, la jurisprudencia que se ha desarrollado y el marco punitivo que plantea. Observaremos casos donde el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos ejercen jurisdicción en razón de que determinados actos de corrupción –aunque fuesen perpetrados materialmente fuera de Estados Unidos- se consumaron a través de cuentas de correo electrónico cuyos servidores se hallaban basados en Estados Unidos. De este análisis se desprenderán observaciones referentes a la adecuación de la definición doctrinaria de jurisdicción en relación al ámbito de aplicación de la ley FCPA. Finalmente, el artículo ofrecerá un breve análisis sobre las posibles implicaciones de la ley en cuestión dentro del marco jurídico ecuatoriano.

Palabras clave

Estados Unidos, ley FCPA, jurisdicción, Comisión de Bolsa y Valores, Departamento de Justicia, política legislativa, *jurisdictional hook*, homologación de sentencias, jurisdicción prescriptiva, aplicación extraterritorial de la ley.

Abstract

In 1977 the United States Congress enacted the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), the main objective of this legislative act was the regulation of corrupt activities committed by US linked enterprises in foreign countries. The application of this act has been controversial since, as a consequence of the process of market globalization, the major enterprises worldwide find themselves linked to the US either because the highest executives are American or due to the fact that their stocks are traded on US stock markets. This article will address the nature of the FCPA, the subjects to its jurisdiction and the case law that has derived from its application over non-US linked enterprises. Finally, the author will analyze the potential application of this law to Ecuadorian which, due to the use of the US Dollar as official currency, may be subjects of responsibility under the FCPA.

Key words

FCPA, jurisdiction, Securities and Exchange Commission (SEC), Department of Justice, jurisdictional hook, prescriptive jurisdiction.

Índice

1. Introducción

La influencia política, social y económica de Estados Unidos de Norteamérica ha sido históricamente sustentada sobre una base jurídica direccionada hacia la expansión extraterritorial de sus políticas internas. Durante la década de los setenta -frente al acelerado crecimiento de empresas norteamericanas dentro de países en vías de desarrollo-, se presenció un sustantivo incremento de la presencia de individuos y transnacionales americanas en los mencionados[1] países.[2] Este fenómeno expansivo generó un creciente interés de la política legislativa de Estados Unidos referente a encontrar mecanismos legales para controlar a las personas naturales o jurídicas de nacionalidad americana extraterritorialmente.

Como parte de esta nueva tendencia en la política legislativa de Estados Unidos, se promulgó la ley *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en un intento por regular las conductas corruptas de individuos y/o compañías americanas en el extranjero.[3] Con el tiempo –fruto del fenómeno de la globalización y las nuevas tecnologías- la aplicación de esta norma ha degenerado en un ejercicio arbitrario de la jurisdicción ejercida por Estados Unidos sobre personas naturales o jurídicas que –en virtud de las condiciones actuales del mercado internacional- les es imposible desvincularse de este país y por ende se convierten en sujetos de la ley FCPA.

El presente artículo se propone generar una perspectiva crítica en relación a la definición, aplicación y sustento normativo de la ley FCPA. Se empezará por definir su estructura y alcance preceptivo, se analizará su marco punitivo, y posteriormente se examinará jurisprudencia relevante que refleja la controversial aplicación de esta ley en la actualidad. Abordaremos la extensión de jurisdicción indeterminada que se reconoce a los jueces estadounidenses e introduciremos una breve revisión al concepto jurídico de jurisdicción. Finalmente, concluiremos el artículo con un análisis sobre la incidencia directa de la ley FCPA en la coyuntura jurídica ecuatoriana.

1 Nos referimos a la oleada de inversiones de empresas estadounidenses ocurrida entre la década de 70 y 80 en países especialmente con yacimientos petroleros y minerales.

2 United States Department of Justice. *A resource guide to the United States Corrupt Practices Act*. Washington DC: Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the U.S. Security and Exchanges Commission. 2012 p. 3-4

3 Dentro de los principios de la ley se especifica que se incluyen conductas relevantes para la preservación del bienestar y eficiencia del mercado estadounidense, cuyos efectos son internos y externos.

2. Contexto histórico de la ley FCPA

Para comprender adecuadamente las bases histórico-deónticas de la ley FCPA, es menester remitirnos a la doctrina del "*Manifest Destiny*".[4] Ésta expresa que los Estados Unidos de América estuvo concebido por Dios para ser el guía y modelo a seguir por el resto de Estados del mundo. Además de aquello, menciona que las políticas e ideología de este país están destinados a expandirse fuera de su territorio. La doctrina del *destino manifiesto* ha sido un eje fundamental para la diagramación del discurso político de los líderes estadounidenses, incluso se ha constituido como una prerrogativa esencial en el proceso de construcción de la política legislativa de Estados Unidos y en la edificación de su política exterior.[5]

La ley FCPA es una norma promulgada por el Congreso de los Estados Unidos en 1977 después de que globalmente se revelaran una serie de actos de corrupción en el contexto del escándalo de *Watergate*[6], mismo que que terminaría con la presidencia de Richard Nixon. En ese mismo año, la Comisión de Bolsa y Valores (SEC[7]) informó que más de 400 compañías registradas en Estados Unidos habían pagado más de 300 millones de dólares en sobornos y otros actos de corrupción a oficiales de Gobierno y otras autoridades de países extranjeros.[8]

El caso de la compañía Aeronáutica Lockheed[9] en 1977[10] sustanció la necesidad de tener una ley federal que se ocupe de la persecución

4 *Trad. Destino Manifiesto*
5 Para ahondar en el concepto, sugerimos la lectura del mensaje a la nación de 1904 del Presidente Theodore Roosevelt, *Disponible en http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29545*. De igual forma el siguiente texto puede ser útil para que el lector aborde el tópico: Merk, F., & Merk, L. B. (1963). *Manifest destiny and mission in American history: A reinterpretation*. Harvard University Press. *Disponible en: https://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=GhYJTaZiuxwC&oi=fnd&pg=PR9&dq=manifest+destiny&ots=LOIv-upHE8&sig=vOPJmfMuMS7WnGm4b8jR9Lv1jlo#v=onepage&q=manifest%20destiny&f=false*
6 El escándalo de Watergate, ocurrió en 1972 durante la presidencia de Richard Nixon. Se suscitó luego de que cinco hombre allanaron la sede del Partido Demócrata, este hecho fue ocultado a través de políticos subalternos al Presidente Nixon.
7 *Security Exchange Commission* SEC es una agencia federal oficial del Gobierno de los Estados Unidos, cuya función principal es el aseguramiento del cumplimiento de las leyes federales que regulan la industria de valores, los mercados financieros, los movimientos bursátiles, entre otros.
8 *Id* 1 p.8-9
9 Empresa aeroespacial americana, con base en Burbank, California. Actualmente lleva el nombre de Lockheed Martin Inc.
10 Hollingnshead, Ann. *A Brief History of US Policy towards Foreign Bribery*. http://www.financialtransparency.org/2010/07/28/a-brief-history-of-u-s-policy-toward-foreign-bribery/ (Acceso 20 diciembre, 2014)

extraterritorial de actos de corrupción comisionados por empresas o individuos norteamericanos. En el caso Lockheed, los Directivos de la compañía se declararon culpables de haber sobornado a altos funcionarios del gobierno japonés para potenciar las ventas de aviones en ese país. Los abogados de esta empresa admitieron que entre 1972 y 1974 –cuando la Ley FCPA aún no había sido promulgada- altos ejecutivos de Lockheed pagaron $2.600.000 dólares para conseguir contratos de venta de aviones comerciales modelo L-1011 para las líneas aéreas japonesas.[11]

Ante este escenario, el Congreso de los Estados Unidos consideró imperativa la necesidad de promulgar una ley que prohibiera las prácticas corruptas por parte de personas jurídicas y naturales estadounidenses en el extranjero. [12] El Poder Legislativo consideraba que este tipo de actos empañaba la imagen internacional de los negocios estadounidenses y del Estado en general. Además de esto, la Comisión de Bolsa y Valores advirtió que los actos de corrupción tenían un efecto directo en la eficiencia con la que funcionaba el mercado[13], incluso acotó que ejercicios como el soborno –aplicado en Estados extranjeros por parte de compañías o individuos estadounidenses- representaría un potencial estado de ineficiencia e inestabilidad generalizada en el mercado internacional, ocasionando un injusto orden[14] para el desarrollo de negocios honestos.[15]

3. Naturaleza normativa[16]

Con estos antecedentes históricos, se promulga la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero FCPA, un cuerpo normativo de carácter Federal que prohíbe expresamente a individuos o personas jurídicas -de nacionalidad estadounidense- el pago de sobornos y prácticas corruptas a funcionarios de gobierno, autoridades Estatales y figuras políticas en países extranjeros.

11 Los Angeles Times. *Lockheed Accepts to Pay Record Fines*. Enero de 1995

12 Para los fines del artículo, nos referimos al término "prácticas corruptas" como aquellas conductas ilegales cuyo fin primordial es la obtención de un beneficio particular a través de actos ilegítimos y antijurídicos.

13 Tarun, Robert. *The Foreign Practices Act Handbook*. New York: American Bar Association. 2013 p. 14-18

14 El Congreso de los Estados Unidos considera que un "orden injusto" se produce cuando los actores mercantiles se valen de métodos fraudulentos, ilegales e ilegitimos para incrementar su dominio/participación en un determinado mercado.

15 United States Department of Justice. *A resource guide to the United States Corrupt Practices Act*. Washington DC: Criminal Division of the U.S. Departmen of Justice and the U.S. Security and Exchages Commission. 2012 p. 3

16 Para los efectos del artículo las referencias normativas se harán en base al texto oficial de la ley FCPA actualizada por medio de la Ley Pública 105-366 al 22 de julio de 2004.

La ley FCPA establece dos disposiciones principales[17]:

1. Prohibición de soborno: Las disposiciones anti-soborno prohíben que un asunto doméstico (una persona o entidad corporativa de los Estados Unidos) realice pagos corruptos o promesas de pago a oficiales extranjeros con el fin de obtener o retener negocios.[18]
2. Disposición de "libros y registros contables": exige que las personas jurídicas norteamericanas con actividades comerciales fuera de Estados Unidos lleven libros y registros precisos y un sistema de control contable interno. El Departamento de Justicia es responsable de la supervisión penal de estas disposiciones, mientras que la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) es responsable de la observancia civil.[19]

Según la Ley FCPA[20] existen sujetos sobre los cuales recae la prohibición expresa de realizar pagos indebidos –entiéndase corruptos-[21]:

1. **Emisores:** Son aquellas personas jurídicas que se encuentren registradas, que posean valores en los Estados Unidos o que deban presentar informes de actividades económicas a la Comisión de Bolsa y Valores.
2. **Asuntos Domésticos[22]:** Son considerados asuntos nacionales lo relacionado con las entidades comerciales con domicilio comercial en los Estados Unidos o que se rigen por las leyes de los Estados Unidos, como también los ciudadanos y residentes estadounidenses.
3. **Entidades nacionales y comerciales en el extranjero:** Una persona natural o jurídica que promueva prácticas de corrup-

17 World Compliance Office. *El Manual de Bolsillo de la FCPA*. World Compliance: Washington DC. P. 6-9
18 *Id* p 10-11
19 Foreign Corrupt Practices Act (Estados Unidos) Sección 78. 22 de julio de 2004
20 El siguiente link facilita el acceso directo al contenido de la Ley FCPA http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf
21 United States Department of Justice. *A resource guide to the United States Corrupt Practices Act*. Washington DC: Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the U.S. Security and Exchanges Commission. 2012 p. 10-12
22 Este tema será abordado más adelante

ción dentro de los Estados Unidos o que afecte los informes financieros de una institución norteamericana - la Comisión de Bolsa y Valores por ejemplo- será sujeto de un proceso judicial en Estados Unidos en el marco de la aplicación de la ley FCPA.

4. **Terceros y agentes:** Quien actúe en nombre o representación de un emisor -sea este norteamericano o extranjero- será responsable por los actos de corrupción realizados y podrán ser procesados por la justicia norteamericana. Algunos ejemplos de agentes son los individuos bajo relación de dependencia sean contratistas, sub-contratistas, distribuidores, revendedores, comercializadores, proveedores, operadores y en general cualquier consignatario de servicios a un emisor - personas jurídicas registradas o con ilación a los Estados Unidos.

En relación a los sujetos sobre quienes recae la potestad normativa y las consecuencias jurídicas de la ley en cuestión, cabe referirnos a una larga y amplificada discusión doctrinaria con respecto a la sujeción de terceros y agentes a las disposiciones de la ley FCPA. [23] Es claro que dentro del mundo contemporáneo, la dinámica financiera y la lógica internacional de los negocios genera un estado de interdependencia no solo a nivel de países sino también en la dimensión empresarial. En este sentido, la itinerancia de ejecutivos en empresas multinacionales es una constante.[24] Los más altos directivos generalmente no son nacionales del país donde laboran, su permanencia en la sede de una determinada compañía depende del mercado, de modo que no existe una correlación entre la nacionalidad del ejecutivo y la de la compañía.[25] Hoy en día, los negocios internacionales se constituyen a partir de la confluencia multitudinaria de personas naturales y jurídicas donde la multiplicidad de nacionalidades es la regla general. En un mundo donde más del 90% de las grandes multinacionales tienen un directo vínculo con Estados Unidos[26], ¿se podría considerar a la clausula de terceros y agentes como una sujeción expresa de los ejecutivos de empresas multinacionales a jueces americanos?

23 Tavares, Maria da Conceição. "La reafirmación de la hegemonía norteamericana." (1985).
24 Keegan, Warren *"Multinational scanning: A study of the information sources utilized by headquarters executives in multinational companies."* New York: *Administrative Science Quarterly*, 1974 pp 411-421.
25 *Supra 24*
26 Vernon, Raymond. *Soberanía en peligro: la difusión multinacional de las empresas de Estados Unidos*. México: Fondo de cultura economica, 1973.

Definitivamente la cláusula de terceros y agentes constituye una puerta abierta a la inseguridad jurídica. La potestad de jueces estadounidenses para juzgar ejecutivos de empresas multinacionales –aun siendo estos nacionales de otros países- por el solo hecho de tener una conexión laboral con una empresa basada o vinculada a Estados Unidos –considerando que es improbable hallar una multinacional que carezca de algún vinculo con ese país- constituye una peligrosa afectación al orden jurídico internacional así como al principio básico de certeza y seguridad jurídica.[27]

A continuación explicaremos con mayor detenimiento el alcance de la Ley FCPA; éste se encuentra directamente vinculado con el "pago corrupto" de regalías conducentes a la obtención de algún tipo de beneficio en el marco del desarrollo de una actividad productiva, económica o financiera. Las cortes de Estados Unidos han definido al concepto de corrupción como:

> La oferta, promesa de pago, pago o autorización de pago debe tener la intención de inducir al recipiente a mal usar su posición oficial o para influenciar a otro a hacerlo. Un acto es "corrupto" si se hace de forma voluntaria e intencional, y con el mal propósito de lograr un fin o resultado ilegal o que resulte en un fin ilegal, o para un fin o resultado legal por el uso de un medio o método ilegal.[28]

En este punto es muy interesante analizar cómo las definiciones descritas en la Ley FCPA irradian en lo vago y ambiguo. En general, podríamos concluir que cualquier empleado o individuo con un mínimo rango de conexión con una empresa radicada o valorizada en Estados Unidos podría ser procesado por la justicia de ese país en el marco de aplicación de la ley FCPA. Dentro de los principios deontológicos de esta normativa se menciona que la amplitud y vaguedad en la descripción de actividades y entes sujetos a la ley. Lejos de ser un vicio de técnica legislativa, constituye uno de los motivos directrices en la redacción de la ley. Las definiciones de ciertos términos, incluyendo "asunto doméstico" y oficial extranjero, son intencionalmente extensas para incluir tanta actividad negocial como sea posible.[29]

---

27 Al existir una ambigüedad normativa, específicamente en la dimensión concerniente a quienes potencialmente están sujetos a la Ley FCPA, se afecta la certeza jurídica que el ciudadano tiene respecto a las autoridades que podrían juzgar su conducta.

28 Corte de Apelación del 8vo circuito de los Estados Unidos de América. Causa 04-1601 del 20 de Junio de 2005. (*traducción del autor*)

29 Michael Volkov. *FCPA Fusiones y Adquisiciones*. Washington DC: World Compliance Office. 2012

2. Aspectos generales: sobre las penas

La ley FCPA ha sido destinada para evitar y disuadir a individuos y empresas de cometer actos de corrupción, ergo, el catálogo de penas que ostenta es severo. Las sanciones son aplicadas bajo regímenes distintos dependiendo del sujeto sobre el cual recaigan las consecuencias pecuniarias.

Para individuos, las sanciones civiles serán de hasta $100,000 dólares, las multas penales de hasta $5 millones y/o hasta 20 años de privación de libertad. Para las entidades –entiéndase personas jurídicas-, las sanciones civiles serán de hasta $25 millones de dólares[30], 5 millones para las personas naturales, y/o la devolución de las ganancias ilegitimas.[31]

3. Ley FCPA, aspectos generales: revisión de jurisprudencia

En los últimos años –donde han confluido etapas de amplia expansión de inversión extranjera en el mundo- la aplicación de la ley FCPA se ha incrementado dramáticamente. En 2008, el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores gravaron multas y penalidades por aproximadamente $2.8 mil millones en contra de treinta y seis corporaciones y 74 individuos por violaciones a esta normativa.[32] De las treinta y seis acciones de implementación contra personas jurídicas, varias han resultado en mul-

30 Sección 78ff *Sobre las Sanciones* Literal (a) *Infracciones intencionadas: declaraciones falsas y engañosas:* Toda persona que intencionalmente infrinja cualquier disposición del presente capítulo (que no sea la sección 78dd-1 del presente título), o cualquier regla o reglamento del mismo, infracción que es ilícita u observancia de la cual se requiere en virtud de los términos del presente capítulo, o toda persona que intencionalmente y a sabiendas realiza una declaración, o es causa de que se realice una declaración en cualquier solicitud, informe o documento que se debe presentar en virtud del presente capítulo o cualquier regla o reglamento del mismo o cualquier empresa contenida en una declaración de registro, según se estipula en la subsección d) de la sección 78 del presente título, o lo estipula cualquier organización autorregulada en relación con una solicitud de socio o participación de la misma, o para asociarse con un miembro de la misma, declaración que sea falsa o engañosa con respecto a cualquier hecho importante, si se la halla culpable, recibirá una multa máxima de $5.000.000 o una pena de prisión máxima de 20 años, o ambas sanciones, salvo cuando dicha persona no sea una persona natural en cuyo caso podrá recibir una multa máxima de $25.000.000; pero ninguna persona estará sujeta a pena de prisión en virtud de esta sección por la infracción de cualquier regla o reglamento si la misma demuestra que no tenía conocimiento de dicha regla o reglamento.

31 World Compliance Office. *El Manual de Bolsillo de la FCPA*. World Compliance: Washington DC. p. 5

32 United States Department of Justice (DOJ). *Siemens AG and other subsidiaries plead guilty to FCPA violations* Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en* http://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html Cfr United States Department of Justice (DOJ). *Kellog Brown & Root plead guilty to FCPA violations* Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en* http://www.justice.gov/opa/pr/2009/February/09-crm-112.html. Cfr United States Department of Justice (DOJ). *Technip S.A. Resolves FCPA investigation and agrees to pay 240 million crimin al penalty* Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en* http://www.justice.gov/opa/pr/technip-sa-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-240-million/www.justice.gov/opa/pr/2009/February/09-crm-112.html (Acceso: 19 de noviembre de 2014)

tas récord[33] a empresas extranjeras que han realizado prácticas de corrupción. A continuación presentamos dos casos emblemáticos ocurridos en los últimos seis años:

1. *Siemens, AG y otros[34]:* En diciembre de 2008 la compañía de ingeniería, sistemas y tecnología con sede en Alemania fue protagonista en un caso de corrupción que le costó el pago de 1.6 mil millones de dólares. Este desembolso fue realizado tanto al Departamento de Justicia de los Estados Unidos como al Estado alemán –quien también inició diligencias judiciales en razón de los actos de corrupción en los que incidió Siemens-. La empresa alemana fue condenada por haber pagado sobornos en Argentina, Nigeria, China, Venezuela, Rusia y Vietnam. Los sobornos, en su mayoría, estaban destinados a la adjudicación de contratos de telecomunicaciones, redes eléctricas, equipos médicos, entre otros.[35] Después de un largo litigio[36], en el cual se alegó la incompetencia y falta de jurisdicción de los Estados Unidos, en aplicación de la Ley FCPA, la Empresa alemana declaró culpable y aceptó el pago de USD 800 millones al Departamento de Justicia y a la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos.[37] Estos organismos estadounidenses alegaron jurisdicción en razón de que Siemens posee altos ejecutivos de nacionalidad americana y cotiza en la Bolsa de Nueva York. De esta manera se configurarían los supuestos de sujeto a la ley FCPA por constituirse "terceros y agentes" –altos directivos de Siemens de nacionalidad estadounidense- y "de asuntos domésticos"-la empresa es sujeto al control de la Comisión de Bolsa y Valores al cotizar dentro del mercado bursátil de ese país.
2. *Kellog, Brown & Root:* En febrero de 2009 la empresa norteamericana de ingeniería y construcción *Kellog, Brown & Root,* con sede en Houston-Texas, se declaró culpable por haber contra-

33 Michael Volkov. *FCPA Fusiones y Adquisiciones*. Washington DC: World Compliance Office. 2012 p.2
34 Huskins, Priya Cherian. "FCPA Prosecutions: Liability Trend to Watch." *Stanford Law Review* (2008): 1447-1457.
35 *Ibid 11*
36 Darrough, Masako . *The FCPA and the OECD convention: Some lessons from the US experience*. Journal of business ethics No. 93 Vol. 2 2010 P 255-276.
37 United States Department of Justice (DOJ). *Siemens AG and other subsidiaries plead guilty to FCPA violations* Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en* http://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html (Acceso: 15 de septiembre, 2014)

venido la Ley FCPA. Los Directivos de esta firma admitieron haber orquestado un plan de sobornos a oficiales del Gobierno nigeriano con el objeto de obtener contratos de ingeniería y construcción de una planta de gas licuado de petróleo (GLP) en Bonny Island, Nigeria. Se fijó la multa de $402 millones de dólares por el delito federal de soborno en el extranjero bajo la aplicación de la Ley FCPA.[38]

Dentro del ámbito de aplicación de la ley, existe una marcada tendencia de incremento en el número de casos de corrupción que logran ser alcanzados por sus aristas normativas. Mientras en 2008, se procesaron un total de 16 personas naturales y jurídicas por haber comisionado prácticas corruptas en el extranjero [39], la tasa subió a 46 en 2009. Es recurrente la sensación de alarma al visualizar como estas cifras comprueban cómo la amplitud, vaguedad y ambigüedad normativa de la ley FCPA relega un preocupante estado de inseguridad jurídica.

En esta instancia, se considera importante mencionar el caso de la cadena de tiendas Walmart, la cual en la actualidad posee un sumario abierto por contravenciones a la ley FCPA. En abril de 2012, el periódico *The New York Times* reportó que un ex ejecutivo de la filial Walmart mexicana admitió en 2005 que esta empresa con sede en Bentonville-Arkansas había pagado sobornos a distintos oficiales del Gobierno mexicano con el objeto de obtener permisos de uso de suelo, reducciones en las tarifas de construcción y demás beneficios que le permitieron edificar cientos de establecimientos comerciales a un ritmo que la competencia no podía igualar. Según la investigación de *The New York Times,* los sobornos a altos oficiales ascenderían a $24 millones de dólares. Actualmente el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores se encuentran investigando el caso.[40]

38 United States Department of Justice (DOJ). *Kellog Brown & Root case*. Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en http://www.justice.gov/opa/pr/2009/February/09-crm-112.html* (Fecha de acceso: 13 de noviembre de 2014)
39 Nin Hang Tseng. *Los sobornos, ¿qué tan rentables son?*. México DF: Agencia CNN Expansión.
40 *Ibid*

4. Los anómalos sustentos jurídicos para el ejercicio de jurisdicción extraterritorial de Estados Unidos en el marco de la Ley FCPA

Se ha presentado al lector/a una breve introducción a la jurisprudencia y contenido normativo de la ley FCPA. De aquello se puede inferir el carácter ambiguo y vago, en especial, de aquellas cláusulas referentes a quiénes pueden ser sujetos del ejercicio de la jurisdicción de Estados Unidos – a partir de la ley FCPA-. A continuación plantearemos dos preguntas fundamentales cuyo contenido será desglosado: ¿Es posible aplicar la ley FCPA a compañías extranjeras sin un vínculo directo con Estados Unidos? En términos prácticos, ¿se podría aplicar esta ley a personas naturales o jurídicas sin perjuicio de su vinculación con Estados Unidos? ¿Nos hallamos frente a una ley de alcance universal?

En aras de establecer un camino idóneo para la respuesta a estas interrogantes, es menester rememorar las dos bases principales sobre las cuales se erige la potestad jurisdiccional que otorga la ley FCPA: (a) *Jurisdicción por nacionalidad*, otorga jurisdicción en razón de la vinculación de la persona natural o jurídica con el ordenamiento jurídico de Estados Unidos y su registro solemne en las instituciones de dicho país; (b) *Jurisdicción por territorio*, reconoce jurisdicción cuando una persona natural o jurídica usa como fin, medio o instrumento al territorio de los Estados Unidos para realizar un acto de corrupción contraviniendo la Ley FCPA.[41]

En referencia a la potestad de ejercicio de jurisdicción en razón del territorio, cabe una precisión crítica; como observaremos más adelante, el solo uso de correo electrónico, cuentas bancarias o líneas telefónicas –cuyas centrales/servidores se encuentren en Estados Unidos- podría ser considerado como una modalidad de uso del suelo de Estados Unidos a manera de instrumento para la comisión de un acto antijurídico. Actualmente, las comunicaciones virtuales son la regla general en la dinámica interactiva de la sociedad; debemos considerar que más del 80% de las mayores empresas de telefonía, datos, correos electrónicos, *couriers* y demás servidores de comunicaciones se encuentran situadas o directamente relacionadas con los Estados Unidos.[42] Por estas y otras razones, la presente cláusula referente a

41 Cohen, Joel M., Michael P. Holland, and Adam P. Wolf. "Under the FCPA, Who Is a Foreign Official Anyway?." *The Business Lawyer* (2008): p 1243-1274.
42 Coffman, Kerry G., and Andrew M. Odlyzko. *Handbook of massive data sets*. Springer US, 2002. 47-93.

la jurisdicción por territorio ha sido catalogada por distintos juristas americanos[43] como "de alcance intergaláctico". Quien utilice un correo electrónico o realice una línea telefónica –cuyo servidor se encuentre dentro del territorio estadounidense-, en principio, podría ser procesado en virtud de la utilización instrumental del territorio americano para la comisión de un acto antijurídico.

En un mercado internacional tan diverso, el rol comercial de los Estados Unidos es un eje consustancial a toda transferencia, transacción o actividad mercantil realizada por empresas transnacionales. Es muy difícil pensar en un escenario donde una persona natural o jurídica pudiese realizar un acto -con relevancia internacional-, sin recaer en una modalidad directa o indirecta de relación con una entidad de nacionalidad estadounidense, gerenciada por estadounidenses o que cotice en una bolsa radicada en Estados Unidos.

Con el objeto de aterrizar las nociones problemáticas descritas, presentaremos dos casos emblemáticos en los cuales -sin existir un gancho jurisdiccional que vincule compañías o ciudadanos americanos directamente- se aplicó la Ley FCPA para castigar la comisión de actos de corrupción:

1. En el año 2011, los directivos de la Telefónica húngara *Maygar Telekom* Elek Straub, Andras Balogh y Tomas Morvai – ciudadanos húngaros con domicilio en la ciudad de Budapest-, fueron demandados por la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos por haber contravenido la Ley FCPA al haber cometido actos de corrupción en Hungría relacionados con sobornos a oficiales para la concesión de contratos y permisos.[44] Los directivos de la Telefónica alegaron falta de jurisdicción debido a que ni ellos ni la compañía eran estadounidenses. La base sobre la cual se juzgó a los Directivos fue el hecho de que los mismos usaron correos electrónicos que se trasfirieron y guardaron desde servidores localizados en Estados Unidos. En Diciembre de 2011, la *Maygar Telekom* pagó una multa de $63.9 millones de

43 Disntios juristas americanos como John L Graham, profesor de derecho en la Universidad del Sur de California o la jursita Wendy Wysong, notable abogada litigante en Estados Unidos y representante de importantes firmas en ese país, autora del artículo "*FCPA Jurisdiction in Asia Pacific: To infinit and beyond?*" *Disponible en* [http://www.cliffordchance.com/briefings/2012/10/us_fcpa_jurisdictioninasiapacifictoinfinit.html/US-FCPA-Jurisdiction-in-Asia-Pacific]

44 Roger Witten. *Siemens Agrees to Record-Setting 800 Million in FCPA penalties. http://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandnewsdetail.aspx?NewsPubId=95919* (acceso 10-08-2014)

dólares al Departamento de Justicia además de $31.2 millones de dólares a la Comisión de Bolsa y Valores.[45]

2. Puntualicemos el caso Siemens AG[46]. El Departamento de Justicia inició procesos de investigación a 3 subsidiarias de la compañía Siemens AG -mismas que no tenían sede en Estados Unidos ni tampoco presentaban ciudadanos norteamericanos en su terna directiva-. Sin perjuicio de aquello, el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores alegó jurisdicción en base a los siguientes argumentos de facto: (a) el uso de una cuenta corriente de un banco americano para el pago de un soborno; (b) la utilización de correos postales y electrónicos -cuyas sedes se encontraban en Estados Unidos- para la comunicación y concreción de actos de corrupción; (c) uso de líneas telefónicas americanas para la comunicación y desarrollo de actos de corrupción.[47]

5. Sobre el concepto de jurisdicción prescriptiva y su relevancia en el análisis de la incidencia extra territorial de la ley FCPA

La promulgación de leyes con incidencia jurídica extraterritorial no es ajena al desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el marco del derecho internacional público. En su respecto, observamos un amplio bagaje de estudios y casos concretos sobre los cuales se han estimado criterios para valorar los escenarios en los cuales un Estado puede ejercer su potestad jurisdiccional con efectos jurídicos extraterritoriales.

Se dará inicio al estudio del concepto de jurisdicción prescriptiva, a partir del entendimiento genérico de jurisdicción cómo el poder estatal para ejercer autoridad sobre personas y entidades dentro de la circunscripción de su territorio. Este concepto jurídico abraca tres dimensiones principales[48]:

45 Richard Cassin. *Maygar Telekom execs motion to dismiss*. http://www.fcpablog.com/blog/2013/2/11/magyar-telekom-execs-lose-motion-to-dismiss.html# (acceso 13-08-2014)
46 Huskins, Priya Cherian. "FCPA Prosecutions: Liability Trend to Watch." *Stanford Law Review* (2008): 1447-1457.
47 Wrage, Alexandra, and Anne Richardson. "Siemens AG-Violations of the Foreign Corrupt Practices Act." *ILM* 48 (2009): P 232.
48 Damrosch, Henkin, Pugh, Schachter, and Smit, *International Law: Cases and Materials*, 3 Ed., West 1993, 1090.

1. Jurisdicción prescriptiva: el derecho a crear, enmendar o vetar legislación;
2. Jurisdicción ejecutiva: La potestad estatal para aplicar su legislación y garantizar su ejecución a partir de elementos coercitivos;
3. Jurisdicción adjudicativa: La habilidad de las cortes nacionales para escuchar y decidir sobre los asuntos contenciosos que se presenten.

La dimensión de jurisdicción prescriptiva es ilimitada para los Estados, quienes pueden emitir una indeterminada cantidad de leyes y aquellas podrían, indistintamente, generar efectos jurídicos sobre materias y personas sin perjuicio de su nacionalidad. Sobre la jurisdicción prescriptiva, la Corte Internacional de Justicia – en el caso Lotus[49]- ha mencionado que "lo que puede ser requerido a un Estado es evitar el abuso de su potestad prescriptiva en relación a los principios de derecho internacional. Dentro de estos límites, el pleno ejercicio de su jurisdicción es un espejo del pleno ejercicio de su soberanía". En el mencionado caso, la Corte[50] ha desarrollado ciertos preceptos básicos eferentes al concepto de jurisdicción prescriptiva:

1. Los Estados no pueden ejercer su poder, bajo ninguna modalidad, en el territorio de otro Estado –exceptuando los casos en los que exista una ley, tratado o costumbre que lo permita-.
2. Dentro de su territorio, el Estado puede ejercer plenamente las dimensiones de la jurisdicción sin perjuicio de la existencia de un acto internacional que lo valide. Los Estados, asimismo, podrán ejercer su jurisdicción basados en la nacionalidad de la víctima o del perpetrador, en casos donde su seguridad se encuentre afectada por actos cometidos fuera de su territorio.

49 SS lotus de 1927 es un emblemático caso de la Corte Internacional de Justicia que estableció un camino doctrinal imperativo en relación a los conceptos de costumbre internacional y jurisdicción de los Estados. En 1926 Turquía procedió a iniciar un juicio contra un ciudadano Francés que colisionó el buque que llevaba a su mando contra uno de bandera turca. Producto de la colisión fallecieron ocho individuos de nacionalidad turca. Francia protesto alegando que las autoridades turcas no tenían jurisdicción sobre el ciudadano francés. La Corte Permanente de Justicia Internacional determino que los estados gozan de entera discreción para establecer su jurisdicción sobre cualquier hecho, aun cuando éste ocurra en el extranjero, siempre que no exista una regla específica que lo prohíba, ergo, Turquía tenia la facultad para ejercer jurisdicción.

50 Corte Internacional de Justicia. *Caso S.S. Lotus*. 1997. No. 10.

De igual manera, la doctrina ha desarrollado cinco asientos fundamentales para la jurisdicción prescriptiva bajo el régimen de derecho internacional público[51]:

1. Territorio: El Estado tiene jurisdicción sobre la propiedad, las personas, actos o eventos que ocurran dentro de su territorio.
2. Nacionalidad activa: Los Estados pueden regular la conducta de sus nacionales dondequiera que estos se encuentren.
3. Personalidad pasiva: Observa la nacionalidad de la víctima para determinar la jurisdicción, considerando que un Estado puede ejercer jurisdicción sobre personas y eventos fuera de su territorio con base en los individuos o entidades que se encuentren afectados.
4. Protectora: El Estado puede legislar actos antijurídicos que considera atentatorios contra su integridad y seguridad.
5. Universal: Faculta al Estado para legislar ciertos crímenes que sean contrarios al interés de la humanidad y de la comunidad internacional.

Podríamos considerar a la ley FCPA como un modalidad de expresión de jurisdicción prescriptiva protectora. Aquello debido a que la ley fue concebida como un instrumento jurídico para disuadir a las personas naturales y jurídicas estadounidenses de cometer actos corruptos. Recordemos que la motivación inicial del Congreso para promulgar esta ley fue la afectación a la estabilidad de los mercados derivada de las prácticas corruptas perpetradas por empresas estadounidenses.

Evidentemente existe un componente subjetivo en el momento de categorizar la relevancia de la protección de aquellos bienes jurídicos que podrían sustanciar el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de un determinado Estado, en este sentido se plantea la siguiente cuestión: la integridad y seguridad del mercado financiero de Estados Unidos, ¿podría ser considerado como un sustento para el ejercicio de una jurisdicción prescriptiva protectora? Sin duda alguna las cláusulas de la ley en cuestión relegan a los empresarios y a las personas jurídicas en una situación de total inseguridad

51 *Cfr.* Randall, Kenneth C. "Universal jurisdiction under international law." *Tex. L. Rev.* 66 (1987): 785

jurídica, en razón de la imposibilidad de determinar cuándo sus actos podrían recaer dentro de los presupuestos normativos de la ley FCPA. Este manifiesto de inseguridad jurídica en el orden internacional se confronta a la pretensión de Estados Unidos de otorgar seguridad a sus mercados evitando la comisión de prácticas corruptas en el extranjero. Es asimilable que esta gradación de bienes jurídicos no beneficia al establecimiento y aseguramiento de la certeza y previsibilidad jurídica a nivel internacional. Además de aquello, esta norma no es idónea para los fines que persigue; bien podrían realizarse esfuerzos normativos consensuados a nivel internacional que faculten el aminoramiento de los riesgos de inestabilidad de mercados generados por la comisión de prácticas corruptas por parte de actores comerciales internacionales.[52]

Siguiendo la línea argumentativa del caso Lotus, cabe recalcar que la Corte mencionó que a falta de una regla permisiva en contra, la restricción que el derecho internacional impone a los Estados es expresa en relación a la prohibición del ejercicio de su jurisdicción extraterritorial. Sin embargo, cabe aclarar que, si bien el Derecho Internacional Público regula las relaciones interestatales, la estructura normativa está lejos de crear una prohibición general conducente a evitar que los Estados puedan extender la aplicación de sus leyes y la de sus tribunales a personas, propiedades y actos fuera de su territorio.[53]

6. Sobre el concepto de gancho jurisdiccional y su adecuación al ámbito normativo de la ley FCPA.

En esta instancia, es de suma importancia analizar cómo el concepto de jurisdicción ha sido concebido dentro del marco de la ley FCPA. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha definido al término *jurisdicción* como el poder que posee una corte para adjudicar casos y emitir órdenes. De igual manera expresa que el término jurisdicción es análogo a la palabra "poder", ya que toda corte posee jurisdicción en relación a

52 Existen una serie de iniciativas a nivel de organizaciones internacionales cuyo objeto principal es la determinación de un marco legal de cooperación conducente al control de prácticas corruptas por parte de empresas multinacionales. A manera de ejemplo, ponemos a consideración los *OECD Workshops on internacional investmet: Bussiness Approach to Combat Corrupt Practices*. El informe está disponible en el link http://www.oecd.org/daf/inv/corporateresponsibility/WP-2003_2.pdf

53 S.S. Lotus [1927] Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A, No. 10 Parte III Pr 5

las materias que la ley le reconozca.[54] Si nos desviamos hacia los anales de la concepción romana de jurisdicción, observamos que su traducción directa del latín refiere a "lo que dicta el derecho". En palabras del profesor Eduardo Couture:

> [Jurisdicción es] la función pública, realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan los derechos de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones bajo autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.[55]

Bajo estas definiciones, es menester considerar ¿hasta qué punto existe un vínculo notable entre el acto antijurídico cometido y la potestad del Estado para perseguirlo? El derecho común ha desarrollado el concepto de "*jurisdictional hook*"[56], como un conjunto de presupuestos materiales, temporales y personales que generan un nudo directo entre un ordenamiento jurídico –con sus respectivos entes jurisdiccionales- y un sujeto de derechos. Para que opere la jurisdicción, es necesario que existan elementos materiales que vinculen el acto antijurídico con la facultad de persecución estatal.

En este sentido es fundamental analizar si el uso del correo electrónico o de una línea telefónica -en el contexto de la comisión de un acto de corrupción- pudiera ser objeto suficiente para justificar la intervención directa de los mecanismos judiciales de persecución de los Estados Unidos. Ante esta disyuntiva el Dr. Rodrigo Jijón Letort, jurista ecuatoriano experto en temas procesales, manifiesta lo siguiente:

> Existen limitaciones importantes en la aplicación de la ley FCPA, debido a que tiene que existir un vínculo directo con una empresa o individuo americano/a. Los abogados estamos complicados por esta razón, eventualmente si yo soy abogado de una empresa americana y en el Ecuador cometo un acto de corrupción –invitar a comer a

54 Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. *Caso Ruhrgas AG v. Marathon Oil Co*. No. 526 U. S. 574, de 1999-

55 Fix-Zamudio, Hector. *El Pensamiento de Eduardo Couture y el Derecho Constitucional Procesal*. México DF: Revista de Derecho Comparado UNAM. 2002

56 *Trad*. Gancho jurisdiccional.

> un juez, por ejemplo-, podría ser sujeto de la Ley FCPA. Pienso que en el aspecto práctico, la aplicación de la Ley FCPA basado en ganchos jurisdiccionales tan leves, como el uso del dólar americano, es improcedente. Analicemos como operaría esta ley prácticamente. Supongamos que se le cancela, con dólares americanos, un soborno a un juez. Eventualmente, se podría seguir un juicio en Estados Unidos, se dicta sentencia condenatoria, y ahí viene el detalle; ¿cómo ejecutas esa sentencia? Un juez ecuatoriano no va a ejecutarla y entonces la ejecución sería retirar la visa o embargar algún bien en Estados Unidos. Ante un escenario tan atípico como este, la defensa alegaría ante el juez ecuatoriano la falta de jurisdicción del juez americano que emitió la sentencia. En lo personal pienso que el uso del dólar para la comisión de un crimen, no representa un marco fáctico vinculante suficiente para que los Estados Unidos puedan perseguir dicho acto y más aún la ejecución de esa sentencia fuera de Estados Unidos sería improcedente.[57]

La postura del Dr. Rodrigo Jijón corresponde a la visión mayoritaria de procesalistas en Estados Unidos respecto a lo anómalo que resultan los argumentos jurídicos que presenta la ley FCPA para sustanciar el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción. Es evidente que, alegar jurisdicción en razón de haber usado un servidor de correo electrónico –con base en Estados Unidos- para cometer un acto de corrupción, resulta anormal y forzado. El nexo causal entre el sujeto que comete el acto ilícito con la materia y el territorio del cual vierte la sustanciación para el ejercicio de la jurisdicción de la Ley FCPA[58], pareciera en demasía tenue y exiguo.

7. Perspectivas sobre la aplicación de la ley FCPA: proceso de homologación de sentencias extranjeras en Ecuador

Si bien un determinado país puede adoptar legislación de derecho interno cuyos efectos jurídicos tengan incidencia directa en otra jurisdicción, es potestad de las instituciones de derecho procesal de cada Estado dar vigencia jurídica a las providencias judiciales emanadas por jueces/zas de

---

57 Cabezas, Victor. *Entrevista Dr. Rodrigo Jijón Letort*. 16 de Agosto de 2014

58 Brown, H. Lowell. "Extraterritorial jurisdiction under the 1998 amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does the government's reach now exceed its grasp." *NCJ Int'l L. & Com. Reg*. 26 (2000): 239.

otra jurisdicción. Con estos antecedentes, desplegaremos un análisis del proceso de homologación de sentencias extranjeras en Ecuador debido a que este es un tema transversal para el análisis integral de la incidencia de la Ley FCPA en el país.

En términos generales, la homologación de sentencias extranjeras se define como un procedimiento jurídico internacional mediante el cual un Estado solicita que se homologue una sentencia emanada de un órgano jurisdiccional de su sistema de justicia interno. Las sentencias son ejecutadas a la luz de los principios de seguridad jurídica, reciprocidad internacional y cooperación bilateral. Ahora, es importante tener claro el objeto y fin de este procedimiento; se puede afirmar que son objeto de *exequátur*[59] todos aquellos actos judiciales expresados a través de providencias y sentencias que cumplan los requisitos de ser privados –en materia laboral, civil o comercial-, dictaminados por un tribunal jurisdiccional y competente.[60] El fin de este procedimiento es garantizar la seguridad jurídica, fomentar un ambiente de cooperación internacional en materia judicial -sin que aquello refiera una vulneración de la soberanía del Estado homologador-.[61]

Con el ánimo de confrontar los conceptos y principios aquí expuestos con la normativa potencialmente vigente en nuestro país, proponemos analizar cómo trata el proyecto del nuevo Código Orgánico General de Procesos[62]-que se encuentra en consonancia con lo descrito en el Código de Procedimiento Civil[63]- a la homologación de sentencias extranjeras.

59 Transcripción castellana “ejecútese”. En el ámbito jurídico se usa esta palabra para definir el conjunto de reglas con las cuales un ordenamiento jurídico puede determinar si una sentencia emanada de un tribunal de un Estado extranjero, reúne las condiciones para ejecutarse localmente.
60 Cancillería de la República del Ecuador. *Informe web sobre la Exequátur*. Disponible en http://cancilleria.gob.ec/exequatur-definicion/ *Cfr*. Siqueiros, José Luis. *Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en la República mexicana*. Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM . México DF. 1983. p 295.
61 *Ibid*.
62 Para los efectos del presente artículo se usa el Informe para primer debate del Código Orgánico General de Proceso. Remitido a la Presidencia de la Asamblea Nacional con fecha 24 de julio de 2014 mediante oficio No. 571-CEPJEE-P
63 Estos requisitos no difieren de los expresados en el artículo 414 Código de Procedimiento Civil: Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo: a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y, b) Que la sentencia recayó sobre acción personal.

En su artículo 263[64] la ley menciona que el tribunal competente para realizar esta diligencia es la corte provincial. Esta corte deberá verificar, entre otros, el siguiente requisito para dar continuidad al proceso: (a) Que no contraríen las disposiciones de la Constitución y la ley, y, (b) que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales, se cumplirán si, constan en el exhorto respectivo o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez.[65]

En el supuesto no consentido de que nuestros jueces se encuentren en la disyuntiva de ejecutar o no una sentencia emanada de un tribunal de los Estados Unidos -con sustento jurídico en la Ley FCPA- encontraríamos distintos escenarios problemáticos. Por un lado, la coyuntura política en nuestro país, ha determinado una merma dentro de las relaciones bilaterales en materia judicial. De entrada es posible considerar que los jueces y juezas ecuatorianos – en virtud de la observancia de casos como el de Pedro Delgado, donde no se ha aplicado el principio de reciprocidad[66]- tendrían una implícita limitación para poder reconocer y ejecutar una sentencia de ese país.

En relación con la regularidad internacional de los fallos, se encuentra una arena muy compleja para analizar. Evidentemente los tipos antijurídicos a los que se refiere la Ley FCPA –actos corruptos por parte de entidades privadas- se encuentran descritos en distintos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, entonces ¿nos hallaríamos ante un escenario de mutua tipicidad de las conductas? Como lo han anotado los juristas consultados para el desarrollo de este artículo, a pesar de que las conductas descritas por la Ley FCPA pudiesen ser típicas en el orden jurídico nacional, su homologación depende de cuestiones puramente políticas que se encuentran separadas del estricto sentido de la legalidad y el derecho.

64 Código de Procedimiento Civil. Art.263. Registro Oficial Suplemento 58 de 12-jul-2005
65 *Ibidem*
66 El caso Pedro Delgado refiere a un ex Presidente de una Institución Financiera en poder del Estado quien falsificó su título de economista y otorgo un crédito en condiciones anómalas a un extranjero;; actualmente se encuentra residiendo en Estados Unidos hoy es requerido por la justicia ecuatoriana.

8. Conclusiones

La promulgación de la Ley FCPA no es un caso aislado dentro del ejercicio de política legislativa de los Estados Unidos[67], obedece a una tendencia concertada dentro de la visión ética de ese país con respecto a su deber y misión dentro de la arena internacional. En este sentido sería importante preguntarnos hasta qué punto la doctrina jurídica –en un tema técnico como la aplicación extraterritorial de la jurisdicción- puede establecer diálogo con la visión política de un Estado. La amplitud de la jurisdicción otorgada por la Ley FCPA ha posibilitado que el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores puedan investigar personas jurídicas que no tienen sede en Estados Unidos, que no hacen negocios en ese país y que no tienen relación directa con un nacional americano.

La jurisdicción puede venir basada en el uso de un correo electrónico cuyo servidor se encuentre en Estados Unidos, el uso del dólar americano como divisa de transacción en actos de corrupción, o una lejana relación con un ciudadano norteamericano dentro del contexto de la concreción de un acto de soborno o afines. Durante el último año, más de la mitad de las investigaciones en el marco de la Ley FCPA han envuelto empresas radicadas en Japón, China, Malasia, Tailandia, Vietnam, Corea del Sur y Taiwán.[68]

Se ha revisado el marco teórico y jurisprudencial de la Ley FCPA, por lo que a continuación se realizará un pequeño análisis sobre su incidencia directa dentro de nuestro país. Al estar en una economía dolarizada, el Ecuador constituye un Estado propenso a ser sujeto de la ley en cuestión. Tanto los empresarios/as ecuatorianos/as, como los ciudadanos y ciudadanas debemos estar conscientes de que nuestras acciones jurídicas poseen un umbral de consecuencias de derecho que podrían remontarse a la jurisdicción norteamericana. Tal como lo ha remarcado la doctrina consultada, la aplicación extraterritorial de la ley requiere ser ratificada y adecuada según las normas del derecho interno; empero, si hablamos sobre un caso de corrupción, tanto el ordenamiento jurídico ecuatoriano como el estadounidense lo considerarían un acto antijurídico. Es decir, en caso de que un empresario ecuatoriano soborne a un oficial de Gobierno para conseguir un objetivo personal o corporativo, y su conducta se adecúe a lo descrito

67

68 Michael Volkov. *FCPA Fusiones y Adquisiciones*. Washington DC: World Compliance Office. 2012

en la Ley FCPA –y por ende sea juzgado en tribunales norteamericanos- esa misma gestión ilegal sería perseguible en Ecuador. A continuación se considera plausible formular al lector/a la siguiente pregunta: a efectos de la ejecución de una sentencia extranjera cuya base legal haya sido la Ley FCPA, ¿incidiría de alguna manera el hecho de que ese acto sea ilegal tanto en Estados Unidos como en Ecuador?

Conscientes de que el presente ensayo relega más dudas que certezas, plantearemos al lector/a una última prerrogativa que resulta pertinente tomando en consideración nuestra condición de país dolarizado. Habiendo observado las anómalas circunstancias a partir de las cuales se ha logrado ejercer jurisdicción por parte de los Estados Unidos, en el marco de la ley FCPA ¿podríamos considerar al dólar americano como un potencial argumento jurídico para el ejercicio de jurisdicción? ¿Un acto de corrupción en cuyo proceso de comisión se haya usado al dólar como moneda de transacción, podría ser considerado como suficiente gancho jurisdiccional para la aplicación de la ley FCPA?

Perece el cuestionamiento y el estándar de medida sobre el cual se puede determinar qué hechos o circunstancias posibilitan el ejercicio de la jurisdicción extra territorial. El notable jurista ecuatoriano Fabián Corral, observa el hecho de que la moneda es una de las modalidades de expresión de la soberanía del Estado, es un símbolo que recurre mercados y transacciones.[69] En esta medida, el uso de la moneda para perpetrar actos antijurídicos podría ser considerado como una tácita participación involuntaria del concepto simbólico de soberanía –ejercida por los Estados Unidos en este caso- y por tanto podría fundamentar una abrogación de jurisdicción. Sin duda alguna el uso del dólar en el marco de la comisión de actos de corrupción reglados por la ley FCPA -como sustento para el ejercicio de la jurisdicción de Estados Unidos- deberá ser un foco de atención y desarrollo a futuro en el contexto del estudio jurídico-doctrinario en Ecuador.

Como se ha anotado a través del desarrollo del presente artículo, la posibilidad de incidencia de la Ley FCPA en nuestro país referirá a estrictas cuestiones políticas más allá de las consideraciones jurídicas. Por un lado, homologar una sentencia en Ecuador se volvería muy complejo en el sentido en que la comprobación de la jurisdicción del Departamento de Jus-

69 Cabezas, Victor. *Entrevista Dr. Fabián Corral*. 12 de agosto de 2014

ticia y la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos sería negada y objetada. Por otro lado, el clímax que vive nuestra coyuntura política en relación con el rechazo recurrente a cualquier tipo de norma o agencia que incursione dentro de la esfera de control y discurso de soberanía del Estado contribuye a la constitución de un escenario aún más agreste para la eventual aplicación de esta normativa dentro de la República.

Sin duda alguna la Ley FCPA seguirá siendo un foco de debate jurídico donde confluirán tópicos altamente complejos y controversiales. El tipo monetario, el correo electrónico o el uso de determinados servidores telefónicos como sustento para el ejercicio de la jurisdicción, plantean nuevos paradigmas dentro de la ciencia jurídica, especialmente dentro del área procesal. La jurisprudencia mencionada en el presente artículo nos relega más dudas que certezas en relación con la amplitud del ejercicio de aplicación de la Ley FCPA. Vivimos en un país dolarizado por ende nuestra apreciación y nivel de entendimiento de esta normativa es imperativo; desde el Estado y sus distintas transacciones comerciales, hasta las empresas y sus gerentes, el Ecuador requiere una campaña mediático-jurídica que faculte la comprensión de las consecuencias de orden legal que la Ley FCPA postula. El debate de esta normativa dentro de la esfera jurídica ecuatoriana será una cuestión transcendental para la seguridad jurídica en Ecuador, sin perjuicio de que esta ley haya sido promulgada a más de 3000 kilómetros de distancia.

Bibliografía

Nin Hang Tseng. *Los sobornos, ¿qué tan rentables son?*. México DF: Agencia CNN Expansión.

United States Department of Justice (DOJ). *Kellog Brown & Root case.* Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en http://www.justice.gov/opa/pr/2009/February/09-crm-112.html*

Richard Cassin. *Maygar Telekom execs motion to dismiss.* http://www.fcpablog.com/blog/2013/2/11/magyar-telekom-execs-lose-motion-to-dismiss.html# (acceso 13-08-2014)

Roger Witten. *Siemens Agrees to Record-Setting 800 Million in FCPA penalties. http://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandnewsdetail.aspx?NewsPubId=95919* (acceso 10-08-2014)

Michael Volkov. *FCPA Fusiones y Adquisiciones.* Washington DC: World Compliance Office. 2012

Douglas, Tween. *Inside the FCPA The (very) long arm of the law against Non US Companies.* http://www.internationaltradecomplianceupdate.com/blog.aspx?entry=697 (acceso 15-08-2014)

World Compliance Office. *El Manual de Bolsillo de la FCPA.* World Compliance: Washington DC

Fox, Thomas. *Lessons learned on Compliance and Ethics.* Singapore: Ethics 360 Media, 2012

Tarun, Robert. *The Foreign Practices Act Handbook.* New York: American Bar Association. 2013

Chemerinsky, Erwin. *Federal Jurisdiction.* Aspen: Aspen Student Treatise Series. 2013

United States Department of Justice. *A resource guide to the United States Corrupt Practices Act.* Washington DC: Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the U.S. Security and Exchages Commission. 2012

Roosevelt, Theodore. *Fourth Anual Message.* 1904. *Disponible en http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29545*

Litigation Release No. 20829 / December 15, 2008

Accounting and Auditing Enforcement Release No. 2911 / December 15, 2008

Huskins, Priya Cherian. "FCPA Prosecutions: Liability Trend to Watch." *Stanford Law Review* (2008): 1447-1457.

Ashcroft, John, and John Ratcliffe. "Recent and Unusual Evolution of an Expanding FCPA, The." *Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol'y* 26 (2012): 25.

Wrage, Alexandra, and Anne Richardson. "Siemens AG-Violations of the Foreign Corrupt Practices Act." *ILM* 48 (2009): 232.

El vacío legal de las acciones que tutelan el derecho a la información en el Ecuador

Josselyn Jácome
jacome_e@outlook.com
Beatriz Meythaler
beatrizmeythaler@hotmail.com

Resumen

En Ecuador, el derecho de acceso a la información se encuentra tutelado a través de dos mecanismos constitucionales, el hábeas data, y la acción de acceso a la información pública. Si bien el objetivo de cada recurso es salvaguardar el derecho antes mencionado, el contenido y alcance de cada uno es diferente. Mientras el hábeas data permite el acceso y manejo de la información personal, la acción de acceso a la información pública abre las puertas al escrutinio de la sociedad en el trabajo de la Administración Pública. Sin embargo, como se analizará en líneas posteriores, existen casos en los que acceder a la información de un desaparecido o fallecido es una tarea imposible, sobre todo cuando se trata de datos personales o hechos que rodearon la situación de su destino.

Por esta razón, el presente ensayo tiene como propósito estudiar el alcance de la acción constitucional de acceso de información pública y del hábeas data, para luego verificar sus limitaciones al derecho de información, y cómo ello afecta a la potestad de los familiares del fallecido o del desaparecido para acceder a datos veraces sobre el paradero del mismo. Tras entender los limitantes de dichas acciones, se comprobará la existencia del vacío legal en que se incurre en el Ecuador y su posible solución.

Palabras clave*:*

acceso a la información, información pública, hábeas data, derecho a la intimidad, limitaciones legales, legitimación activa, derecho a la verdad, personas desaparecidas o fallecidas.

Abstract

In Ecuador, the right of access to information is protected through two constitutional mechanisms, habeas data, and access to public information. Although the goal of each action is to protect the right of access to the information, content and scope of each one of those actions is different. While habeas data allows the access to personal information, the action of access to public information allows counting the society in the work of the Public Administration. However, as we will discuss in subsequent lines, there are cases in which access to the information of a missing or deceased person is an impossible task, especially when it comes to personal data or facts surrounding the situation of your destination. For this reason, this essay has as purpose study the scope of the constitutional action of access to public information and habeas data, then check the limitations to the right of information and how this affects the right of access to information and the right to the truth of the family of the deceased or of the disappeared. After understanding the limitations of these actions, we are going to verify the existence of the legal vacuum that may be incurred and its possible solution.

Key words

Access to information, public information, habeas data, right to privacy, legal limitations, legitimacy, right to the truth, missing persons o deceased persons.

Índice

1. Acceso a la información

La libertad de expresión contiene las siguientes facultades que se encuentran relacionadas entre sí: la de buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones o ideas, de forma oral o escrita, en forma impresa, artística o por cualquier otro procedimiento[1]. En este sentido una de las dimensiones que acompañan a la libertad de expresión es el derecho de acceso a la información que se refiere a:

> La garantía que la ley fundamental consagra y que determina la posibilidad consistente en que toda persona pueda atraerse información, es decir que pueda acceder a los archivos y a todo tipo de registros que contengan datos sobre la actuación de las organizaciones públicas, al mismo tiempo, consistente en la posibilidad concedida a la persona para decidir libremente el medio específico que desea leer, escuchar o ver.[2]

En el Ecuador existen dos tipos de acciones constitucionales que tutelan el derecho a la información, en primer lugar nos encontramos con aquel establecido en el artículo 91 de nuestra Constitución, el cual tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna [...]incluso si su negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. Según este precepto constitucional, el carácter reservado de esta información debe ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.[3]

Del mismo modo, la Constitución reconoce otra acción de acceso a la información que tiene por objeto tutelar el derecho a la protección de datos personales, así el artículo 92 invoca a la acción de Hábeas Data la cual establece que

1 Art. 13 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); Art. 4 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. 19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Art. 10 Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)

2 Marco Baños. *Transparencia y Acceso a la información pública en México.* México DF: FLACSO México, 2007. p. 23.

3 Constitución Ecuatoriana Art. 91. Registro Oficial 449, publicada 20 de octubre del 2008.

> [t]oda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. […] tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos […].[4]

Como se puede apreciar, tanto la acción de acceso a información pública como la acción de habeas data buscan precautelar el derecho de información, a continuación se analizarán cada acción y sus diferencias.

1.1 Sobre la acción de acceso a la información pública y su alcance

Por una parte, la acción de acceso a la información pública constituye una norma importante para el desarrollo de la democracia, pues permite que los ciudadanos accedan a información emitida por órganos estatales. En cierta medida, esta función ayuda a recuperar la confianza existente en la población sobre la acción de administración del Estado a través del sistema de rendición de cuentas. Tanto es así que se relaciona profundamente con la transparencia pues lo que se busca con ella es "consolidar una ciudadanía cuyo rol no se reduzca a votar, sino que sepa, pueda y esté en condiciones de participar informadamente en la toma de decisiones colectivas y en la vigilancia de la actuación de los servidores públicos"[5]

A propósito de ello se destaca un término que cada vez se hace más común al relacionarse con la transparencia: el *accountability social;* el cual hace referencia a la capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus conductas. Es decir, que estén obligados a justificar y a informar sobre sus decisiones y a que eventualmente puedan ser sancionados por ellas[6].

4 Id. art. 92
5 Marco Baños. *Transparencia y Acceso* .... óp. cit., p.4
6 Alejandro Fuenmayor. *El derecho de acceso a los ciudadanos a la Información Pública*. San José: UNESCO, 2004. p22.

Es necesario destacar que el principio de transparencia es vital para el estudio de la acción de acceso a la información pública, pues contiene la esencia misma de éste, en la medida en que obliga a la Administración a aportar con toda documentación que hubiere sido solicitada de forma previa, clara y correcta sobre su actuar.

La transparencia busca como principal objetivo "brindar garantía para el ejercicio de la gestión pública, [su rol de control] se convierte en una función de suma importancia para garantizar la estabilidad política"[7] y es sin duda uno de los elementos centrales del debate contemporáneo. Tanta importancia presenta, que el Ecuador ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción y ha desarrollado en su legislación interna una ley específica sobre el tema, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante LOTAIP)[8] que entró en vigencia el 18 de mayo del 2004. Dicha norma invoca al *accountability social* estableciendo, en su art. 2 que los objetivos de dicha ley son cumplir con el mandato constitucional referente a la publicidad, transparencia y rendición de cuentas al que están sometidas todas las instituciones del Estado que conforman el sector público; la fiscalización de la administración pública y de los recursos públicos; la protección de la información personal en poder del sector público y/o privado; la democratización de la sociedad ecuatoriana a través de un genuino y legítimo acceso a la información pública y la facilitación de la efectiva participación ciudadana.

En este sentido, la transparencia aparece comúnmente como sinónimo del derecho de acceso a la información o de rendición de cuentas y, aunque estos tres conceptos guardan relación entre sí, se tratan de nociones distintas dado a que la acción de acceso a la información pública es un mecanismo de transparencia y la transparencia es un instrumento de la rendición de cuentas. Es decir, la rendición de cuentas es una consecuencia de la implementación por parte del Estado Democrático de la transparencia como una política pública, mientras que una de las herramientas para ayudar a su consecución es el derecho del acceso a la información, aunque

7 Santiago Nieto. *Rendición de cuentas y transparencia*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, (2000) p. 407.
8 Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento 337 de 18 de mayo de 2004.

no la única[9] pues como se ha visto y se profundizará en líneas posteriores, el hábeas data es otro mecanismo, de igual importancia que la garantía de acceso a la información.

Es importante resaltar que en la rendición de cuentas y la transparencia, el derecho de acceso a la información, contiene limitaciones determinadas y excepciones. Esto implica que no se garantiza el acceso a cualquier documento que esté en poder de organismos públicos. La doctrina distingue distintas categorías de información que proveniente del Estado y constituyen una garantía al acceso a al información de los ciudadanos:

> a) la información administrativa que se refiere a la actividad que ejerce el Estado para comunicar a los administrados las medidas gubernamentales y administrativas que son de interés para la colectividad, la cual corresponde a la publicidad que deben tener las leyes y los actos administrativos, tales como el Registro Oficial; b) la información nacional, se refiere a la información que el Estado transmite al público sobre su propia acción, su política, proyectos, etc.; c) la información general que se refiere a la colecta y difusión de información objetiva y lo más amplia posible en función de la obligación del Estado de garantizar y satisfacer el derecho de los ciudadanos a la información[10].

Estas distinciones nos permiten entender el alcance que tiene esta acción, pues de su estudio se colige que entre sus principales limitaciones legítimas se encuentran la seguridad nacional y el derecho a la intimidad. La Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH ha señalado que el derecho de los individuos a toda información en poder del Estado no es un derecho absoluto, bajo esta percepción la CIDH ha establecido que "el límite al ejercicio de este derecho encuentra restricciones permisibles por motivos de orden público, de seguridad nacional, de secreto fiscal o bancario y/o de protección a la honra o a la privacidad de las personas"[11].

---

9 Alonso Canales. *Transparencia y rendición de cuentas en una democracia constitucional*. http://www.infodf.org.mx/nueva_ley/22/7/davidalonsocanalesvargas.pdf (acceso:24/11/2014)

10 André de Laubadère. Citado en Fuenmayor, Alejandro. *El derecho de acceso*…. Óp. cit., p.23

11 CIDH. "Informe sobre acceso al hábeas data y el derecho de acceso a la información en el hemisferio". *Informe Anual 2001*. OEA/Cap.III, párr. 24

Respecto de la seguridad nacional, la LOTAIP en el art. 17 considera que permitir el acceso a una determinada información podría poner en peligro la defensa o la seguridad nacional de este modo señala que no procede la acción de acceso a la información pública en los casos de

> a) documentos calificados de manera motivada como reservados por el Consejo de Seguridad Los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el Estado; 2) Información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contra inteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional; 3) La información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y, 4) Los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional; y, b) las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.

Respecto a la limitación en virtud del derecho a la intimidad, el artículo 6 de la mencionada norma considera a la información confidencial como

> aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República[12] […]. No podrá invocarse reserva, cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades, públicas competentes, sobre violaciones a derechos de las personas.

En su artículo "*The Right of Privacy*"[13], Samuel D. Warren y Louis Brandeis establecen por primera vez la necesidad de reconocer a las personas el derecho a estar a solas y de gozar de la vida sin la intervención de terceras personas. Este planteamiento surge ante la necesidad de obtener protección jurídica respecto de las injerencias de los medios de comunicación en la vida privada de las personas.

12 Los arts. 23 y 24 de la Constitución del 98 reconocían los derechos civiles de los ciudadanos entre los que se incluían la libertad de opinión y comunicación. Por su parte, la Constitución del 2008 reconoce de manera amplia la libertad de expresión en su artículo 18.

13 Louis Brandeis y Samuel Warren. "The Right to Privacy". Harvard Law Review (1890). http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html (acceso 22/11/2014)

El derecho a la intimidad evoluciona de tal manera que para 1960 este se convierte en un principio aceptado por la legislación estadounidense[14], adquiriendo rango constitucional. Su evolución fue tal que hoy en día el derecho de intimidad está considerado como un derecho fundamental, al igual que el derecho al honor y a la dignidad, por su relación con la personalidad, lo que permite desarrollar una vida plena sin intervenciones arbitrarias de ninguna especie[15].

El derecho a la intimidad o la vida privada se define como un "ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, espacio que debe estar libre de intromisiones ilegítimas, y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos"[16]. Es decir que se presenta como

> aquel que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y conducta dentro de aquel ámbito privado, sin [...] intromisiones que puedan provenir de las autoridades o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público, a la moral y a las buenas costumbres ni perjudique los derechos de los demás[17].

Carbonell establece que existe una intimidad territorial y una informacional. La primera se refiere a la acción o la intrusión de un espacio o zona propia; la segunda se refiere al conocimiento o intromisión informativa sobre hechos, datos o aspectos relativos a la vida privada de una persona[18]. De lo que se deduce que existe un "ámbito de la intimidad" que tiene que ver con espacios personales o familiares.

La importancia del derecho a la intimidad ha permitido que sea incorporado en distintos instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual en su artículo 12 tutela la privacidad, la

14 Comisión Colombiana de Juristas. "Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Bogotá", 2007. Por ejemplo, la demandante ante la Corte Interamericana por el importante caso de desaparición Bámaca Velásquez contra Guatemala, vio facilitada su labor de búsqueda de la verdad porque, gracias a la Ley de libertad de información de los Estados Unidos (Freedom of Information Act), pudo conseguir documentos que probaban que su marido estuvo en vida durante un largo período tras su detención inicial por las fuerzas gubernamentales de Guatemala.

15 Elda Scalvini. "Las Medidas Precautorias y la Tutela Efectiva del Derecho a la Intimidad". *Derecho a la Información, habeas data e internet*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2002. p.72.

16 Medrano Muñoz de Alba. Habeas Data. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/4.pdf (acceso 20/11/2014) , p.38

17 Elda Scalvini. "Las Medidas Precautorias …". Óp. Cit., p.75

18 Miguel Carbonell. Los derechos fundamentales en México. México DF: UNAM Porrúa CNDH, 2004. p.2

honra y la reputación y la propia imagen, prohibiendo injerencias arbitrarias a la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia.[19] Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[20] reconoce en su artículo 17.1, lo establecido en el Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos ordena que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión puede estar sujeto a censura previa en los casos que sea necesario asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, así como a la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas[21].

En el mismo sentido, la Constitución ecuatoriana en su artículo 66[22], reconoce tanto el derecho de intimidad personal como el derecho de intimidad familiar. En el derecho comparado también se refleja este reconocimiento expreso. Así, la Constitución costarricense asocia al derecho a la intimidad con la libertad y con el secreto de las comunicaciones:

> Artículo 24: Se garantizará el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones... Sin embargo, la ley… fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los tribunales de justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción[…][23]

19 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 12.

20 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) Artículo 17. 1.

21 Es interesante hacer referencia a las limitaciones respecto a la moral pública y el orden público como fundamento para limitar el acceso a la información. Faundez Ledesma ha afirmado que determinar el contenido de la moral pública no es una tarea que pueda realizarse una sola vez y para siempre; en ese proceso, debe contemplarse un margen de tolerancia, que tenga en cuenta los cambios experimentados por el clima moral de la sociedad Faundez, Héctor, no obstante afirma que no es aventurado afirmar que la moral pública es la circunstancia que con más frecuencia se alega para coartar la libertad de expresión Los límites a la libertad de expresión. UNAM p. 598). El interés público requiere sacrificar la libertad de expresión para que prevalezca la moral, con frecuencia entendida en su sentido más amplio. (ibíd. p.600). Respecto del orden público, éste también es un concepto ambiguo que se maneja de manera muy amplia y por lo general hace referencia a las nociones de bien común (ibíd. p. 575)

22 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

23 Constitución Política de la República de Costa Rica. (1949). Artículo 66.

De este modo se constata que el derecho de acceso a la información pública tiene un fuerte vínculo con el principio de transparencia y rendición de cuentas, los cuales son las bases para permitir un escrutinio de la sociedad sobre el ejercicio de la Administración Pública. En el mismo sentido, hemos visto que esta acción contiene limitaciones legítimas reconocidas tanto en nuestra Constitución como en instrumentos internacionales: la seguridad pública y el derecho a la intimidad.

1.2 La acción constitucional de Hábeas Data y su alcance

La evolución histórica del derecho a la intimidad está estrechamente ligada con el desarrollo del habeas data. Esta acción "se refiere a una nueva forma presentada por el derecho a la libertad personal [...] es decir, el derecho a controlar las informaciones sobre su propia persona"[24]. Por su parte Lucas Murillo lo define como "el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad"[25].

Como se ha señalado en líneas anteriores la Constitución contempla la acción de hábeas data en su artículo 92[26]. En el mismo sentido, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 49 establece lo siguiente:

> La acción de hábeas data tiene por objeto garantizar judicialmente a toda persona el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o **archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas** en soporte material o electrónico. Asimismo, toda persona tiene derecho a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen y destino, y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos [...]. (énfasis añadido)[27]

24 Medrano Muñoz de Alba. "Hábeas Data". Óp. cit., p.55

25 Lucas Murillo de la Cueva. Informática y Protección de Datos Personales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1933., pp.32-33

26 La legislación paraguaya [Constitución del Paraguay (1972). Art. 135], peruana [Código Procesal Constitucional de Perú (2004). Artículo 61] y colombiana [Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 15] también reconocen la acción de hábeas data.

27 Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 49. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

El principio 3 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH lo reconoce al expresar:

> Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.[28]

Como se puede apreciar, el recurso de habeas data, o el derecho de autodeterminación informativa, tiene como objetivo fundamental la protección de la privacidad tanto en el manejo automático, como en el manejo manual de datos personales. El hábeas data implica una facultad de exigir distintos derechos, de este modo el sujeto podrá ejercer:

> a) el *derecho de acceso* a la información nominativa personal en los diversos bancos de datos; b) el *derecho de información* sobre el uso, destino y duración del archivo de datos personales. En los casos del *habeas impropio* se utilizará el *habeas data* para el acceso a la información pública; c) *derecho de rectificación o actualización* de la información personal; d) *derecho de reserva*, tratándose de datos que son legítimamente recopilados pero cuyo acceso sea restringido, pudiendo ser conocido sólo por aquellos legalmente autorizados. Este derecho se relaciona con el manejo de la información sensible para cuyo manejo existen determinadas previsiones específicas.[29]

Consecuentemente, la acción de hábeas data, consiste en un mecanismo judicial que permite a la persona presentar una acción constitucional para detener el uso indebido de sus datos personales.

1.3 Limitaciones de la acción de Acceso a la Información Pública y la acción de Hábeas Data en su relación con el derecho a la verdad.

Del estudio de la acción de acceso a la información pública, se colige que existe en cuanto derecho fundamental y básico del ciudadano, la obligación del Estado de difundir y comunicar la información sobre su

28 Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Principio 3.
29 Medrano Muñoz de Alba. "Hábeas Data". Óp. cit., p. 4

gestión administrativa. Dicha acción permite, a través de la transparencia, la rendición de cuentas (control de corrupción). Por esta razón, la acción de acceso a información pública es una forma preventiva contra las prácticas ilegales, las cuales se encuentra en estrecha relación con la exigencia de una respuesta responsable a las sugerencias de los miembros de la sociedad, a través de un amplio acceso a la información. Sin embargo, también contiene limitaciones entre las que se hallan el derecho a la intimidad y la seguridad nacional que llevan al siguiente cuestionamiento: ¿puede un organismo público, negar documentos que sirven para esclarecer hechos que rodearon la muerte o la desaparición de una persona al constituir esta información privada o íntima?

Para la Corte IDH esto no sería una limitación, pues ha señalado que las restricciones a la libertad de expresión e información deben "juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas"[30] ya que la libertad de expresión e información es esencial para toda forma de gobierno democrático. Por lo tanto, dentro de este contexto:

> El Estado debe asegurar que cuando existe un caso de emergencia nacional, la negación a la información [en su poder] será impuesta sólo por el período estrictamente necesario por las exigencias de las circunstancias y modificado una vez concluida la situación de emergencia. La revisión de la información considerada de carácter clasificada, debe estar a cargo de una instancia judicial independiente capaz de balancear el interés de proteger los derechos y las libertades de los ciudadanos con la seguridad nacional.[31]

Sin embargo, sucede que en algunos casos, los Estados han acudido a la excepción de seguridad nacional para mantener reservada o secreta[32], "incluso frente a las autoridades judiciales del propio Estado, información que permitiría esclarecer graves violaciones de derechos humanos, como la

30 Corte IDH. Opinión Consultiva. OC-5/85, párr. 170

31 CIDH. *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2 (acceso: 23/11/2014), párr. 45

32 Como se ha mencionado en líneas anteriores, la LOTAIP faculta al Consejo de Seguridad Nacional para declarar la reserva de ciertos documentos cuando se trate de seguridad nacional, y a los titulares de las instituciones públicas para clasificar información como reservada previa a cualquier acción de acceso a la información. Víd. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículos 18y 19. Registro Oficial Suplemento 337, publicada el 18-may-2004 .

desaparición forzada […]"[33] así como la investigación de hechos sobre el fallecimiento de personas.

> Es cierto que en algunos casos hay información de seguridad nacional que debe permanecer reservada. Sin embargo, existen, cuando menos, tres argumentos fuertes según los cuales el Estado no puede, en ningún caso, mantener secreta la información sobre graves violaciones de derechos humanos – especialmente aquella relacionada con la desaparición forzada de personas-, e impedir el acceso a la misma de las autoridades encargadas de investigar dichas violaciones o, incluso, de las víctimas y sus familiares.[34]

Entonces, para exigir información privada de una persona desaparecida o fallecida, se debería interponer una acción de hábeas data. No obstante, se da un conflicto en cuanto a la legitimación activa, pues no se extiende a terceros, y se limita únicamente a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que requieren información que sobre sí mismas, se encuentre en poder de entidades públicas o personas naturales o jurídicas. Respecto a esta limitación cabe preguntarse entonces si, ¿dicha acción puede ser interpuesta por familiares de un fallecido o de un desaparecido, el cual evidentemente no podrá interponerla por sus propios derechos?

Debe tomarse en consideración que "la utilización de la acción de hábeas data ha tomado un carácter fundamental como instrumento de investigación de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante las pasadas dictaduras militares en el hemisferio"[35]. Por esta razón, se ha instaurado al hábeas data como "mecanismo de fiscalización en la búsqueda de datos relativos a la conducta estatal con la finalidad de conocer el destino de los desaparecidos"[36]. Además, si se considera que los parientes más próximos son a su vez víctimas de las violaciones de derechos humanos, la consecuencia jurídica y lógica es el reconocimiento del derecho de acceso

33 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Fondo. Sentencia de 14 de Mayo de 2013. Párr. 206
34 Cfr. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 261; Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117, párr. 128, y Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 274.
35 *Id,* párr. 34.
36 *Id*, párr. 28.

a la verdad, tal como sucede en el caso Elena Quinteros Almeida[37]. En este caso, la Comisión de Derechos Humanos reconoció que "la madre de una persona desaparecida era víctima de una violación del articulo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también manifestó que tenía derecho a **saber lo que ha sucedido a su hija**[38]" (énfasis añadido).

En el sistema interamericano el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala[39], la Corte IDH emitió la primera sentencia en la cual se desarrolló un concepto expreso del derecho a la verdad, afirmando que:

> el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.[40]

Por otro lado, en el caso Zambrano Vélez et al. vs. Ecuador[41], la Corte estableció que la eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras

37 En el caso Elena Quinteros Almeida y María del Carmen Almeida de Quinteros c. Uruguay, el Comité declaró que comprendía el profundo pesar y la angustia que padeció la madre como consecuencia de la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre sobre su suerte y paradero. La madre tenía derecho a saber lo que había sucedido a su hija. En ese sentido la madre era también una víctima de las violaciones del Pacto, en particular del artículo 7, soportadas por su hija. En lo que respecta a la hija, el Comité concluyó que la responsabilidad por su desaparición incumbía a las autoridades del Uruguay y que, por consiguiente, el Gobierno debía tomar medidas inmediatas y eficaces a fin de: i) determinar la suerte que había corrido la persona desaparecida desde el 18 de junio de 1976, y asegurar su liberación; ii) castigar a toda persona que resultara culpable de su desaparición y malos tratos; iii) pagar una indemnización por los agravios sufridos; y iv) garantizar que no ocurriesen violaciones similares en el futuro.

38

39 Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez. Fondo. Sentencia de 22 de febrero del 2002. Series C párr. 159-166. [en el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha admitido que la angustia de las personas que ignoran la suerte de familiares próximos desaparecidos constituye un trato cruel, inhumano o degradante y es por consiguiente una violación clara del correspondiente tratado. De ello se deduce que las autoridades del Estado deben investigar lo sucedido con las víctimas e informar a sus familiares de la suerte que han corrido.

40 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez*. Fondo. Sentencia de 22 de febrero del 2002. Series C, párr.201

41 Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 4 de julio del 2007. Los hechos de este caso se desarrollan en el marco de la declaración de un estado de emergencia nacional decretado el 3 de septiembre de 1992, por el presidente de la Republica, Sixto Duran Ballén. El decreto 86, por el cual se decretó en estado de emergencia, estaba fundamentado en la causal de "grave conmoción interna" en una "época de alta delincuencia y de confrontación de grupos terroristas." Los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña fueron ejecutados extrajudicialmente durante el operativo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de Ecuador "realizado en el marco de una suspensión de garantías no ajustada a los parámetros pertinente." La CIDH, ante la denuncia de los hechos, resolvió sobre la violación de los artículos 1, 8 25 y 27 de la CADH por parte del Estado Ecuatoriano

diligencias, asimismo, establece los principios rectores que es preciso observar cuando se considera que una muerte pudo deberse a una ejecución extrajudicial, los cuales son: "a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier investigación; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier procedimiento o práctica que pueda haberla provocado, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio[42]

Debe tomarse en cuenta que el derecho a la verdad ha sido estudiado como un principio emergente[43] sobre todo del derecho a la libertad de expresión y la integridad personal. Este derecho surge de la experiencia de las transiciones a la democracia en América Latina durante el siglo veinte, con el fin de garantizar el derecho de los familiares de un desaparecido a conocer la certeza sobre los hechos que rodearon su situación. La función de garantizar la verdad sobre estos hechos es un modo de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía que le corresponden a cada Estado[44], así como satisfacer en cierta medida el camino de la búsqueda de la justicia y la paz en una sociedad.

En el mismo sentido, el derecho a la investigación se encuentra contenido en el articulo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que expresa que toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio, lo cual "supone una obligación por parte del Estado para facilitar el acceso a información cuando su objeto es el de investigar datos, conductas o políticas públicas"[45]. Por este motivo, la acción de hábeas data tiene una fuerte relación con el derecho a la verdad ya que reconoce el derecho de investigación de los familiares de saber los sucesos que rodearon la desaparición o fallecimiento de la víctima.

42 *Vid.* Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Fondo. Sentencia de 16 de noviembre del 2009, párr 300.

43 Juan Méndez, "El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos". Citado de Martín Abregú y Christian Courtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*. Buenos Aires: CELS, 1997. pp. 517 – 540. [Juan Méndez ha señalado que se entiende el derecho a la verdad como principio emergente porque "reconocemos que no se trata de una norma claramente descripta en un tratado internacional".]

44 *Víd*. Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párrafo 108; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111.

45 CIDH, "Informe sobre acceso al hábeas data …". Óp., cit., párr. 34

El hecho que los parientes puedan optar por la acción de hábeas data para obtener información vinculada al comportamiento del Gobierno o la intimidad misma de aquella persona, simplemente responde al derecho a la verdad que está reconocido en los sistemas regionales y universales de derechos humanos. En virtud de estos artículos, es una obligación positiva del Estado garantizar la información esencial para la defensa de los derechos de las víctimas, así como la transparencia en el gobierno y la protección de los derechos humanos.

Tomando en cuenta la relación que existe entre hábeas data, intimidad personal y familiar, derecho a la verdad y a la investigación, se percibe que la acción de hábeas data debería habilitar al perjudicado, o en su caso a los familiares, el conocimiento sobre la información que se ha recopilado. Si el propósito de Hábeas Data es "proteger la intimidad personal y familiar frente a manejos arbitrarios o ilegítimos de datos personales y como medio de fiscalización y participación de la sociedad"[46], ¿por qué la Constitución ecuatoriana no reconoce el derecho de los familiares o herederos a acceder a información sobre el fallecido o el desaparecido, así como la información referente a su último paradero o sus circunstancias de muerte?

1.4 El vacío legal existente en las limitaciones y la legitimación activa de ambas acciones de acceso a la información

En el caso Facundo Urteaga contra el Estado Nacional de Argentina[47] (Estado Mayor Conjunto de las FF.AA), el hermano de una persona supuestamente abatida por las Fuerzas Armadas y de Seguridad durante el Proceso de Reorganización Nacional promovió acción de hábeas data tendiente a obtener información sobre dicho suceso que obrase en los bancos de datos de los organismos estatales[48]. En primera y segunda instancia se rechazó la pretensión. El tribunal *a o* desestimó la acción con base en dos fundamentos: "a) la falta de legitimación activa del actor en tanto **los datos que pretende recabar no están referidos a su persona; b)** la finalidad que se persigue en la presente acción no se compadece con lo que surge del texto constitucional" (énfasis añadido). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina estableció que:

46 Alfredo Chirino. *Ley Modelo de Acceso a Información Administrativa para la prevención de la corrupción.* Ciudad de Antigua: Taller Técnico Regional OEA, 2000,. 32

47 Corte Suprema de Argentina. *Caso "Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional -Estado Mayor Conjunto de las FFAA- s/ Amparo Ley 16.986*". Sentencia de 15 de octubre de 1998.

48 *Id*. párr. 90

> desde la perspectiva indicada, la interpretación efectuada por el *a quo*, si bien *prima facie* podría parecer ajustada a la literalidad del texto constitucional, revela —en conexión con la pretensión aquí deducida—, un excesivo rigor formal que deja sin protección el derecho invocado por el recurrente que no resulta ajeno al bien jurídico tutelado ni al propósito del constituyente [...]. En tales condiciones, debe admitirse la legitimación invocada por el apelante en su calidad de hermano de quien se supone fallecido, toda vez que la habilitación para accionar de un familiar directo con sustento en el derecho a que se proporcione información, aparece en las circunstancias del caso, como una de las alternativas de reglamentación posibles en el marco e una discreta interpretación del texto constitucional[49].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el pronunciamiento de cámara estableciendo que:

> corresponde reconocer al hermano de quien se supone fallecido, el derecho a obtener la información existente en registros o bancos de datos públicos que le permita establecer el fallecimiento de la persona desaparecida y, en su caso, conocer el destino de sus restos, es decir, acceder a "datos" cuyo conocimiento hace al objeto de la garantía del hábeas data [...] La amplitud de sus alcances, tanto en lo relativo a la exigencia de licitud, lealtad y exactitud en la información, como en lo que hace al acceso de las personas legitimadas —conforme con la coincidente opinión de estas instituciones y organismos— encuentra limitaciones, fundamentalmente, en razones de seguridad y defensa nacional[50].

La Ley N.º 8968, denominada Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus Datos Personales de Costa Rica, publicada en La Gaceta N.º 170 de 05 de septiembre de 2011 establece en su Artículo 7 lo siguiente:

> Se garantiza el derecho de toda persona al acceso de sus datos personales, rectificación o supresión de estos y a consentir la cesión de sus datos. La persona responsable de la base de datos debe

49 *Id.* párr. 96
50 *Ibídem.*

> cumplir lo solicitado por la persona, de manera gratuita, y resolver en el sentido que corresponda en el plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la recepción de la solicitud […].El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo, en el caso de datos de personas fallecidas, le corresponderá a sus sucesores o herederos.[51]

Como se puede apreciar, existe amplia fundamentación basada en documentos, decisiones y hechos internacionales para interponer tanto la acción de acceso a la información pública (cuando no se trata de datos personales que vulneren el derecho a la intimidad), como una acción de habeas data por parte de los familiares de un desaparecido o un fallecido. No obstante, en el Ecuador la realidad es un vacío legal que se encuentra en las limitaciones y la legitimación activa de ambas acciones, pues salta a la luz que la mayoría de la práctica judicial en nuestro país se basa en la literalidad. Aquello genera un perjuicio en cuanto a la existencia de un recurso capaz de reconocer el derecho a la intimidad familiar, el derecho a la verdad de los parientes y el derecho de la familia o de los herederos a acceder a información relacionada con el fallecido o el desaparecido.

La falta del desarrollo del derecho a la verdad en nuestro país es preocupante cuando no se realiza una interpretación de las normas concernientes al derecho a la información. Se dejan de lado las consideraciones en virtud de las cuales se sostiene que se trata del derecho de las familias a conocer la suerte de sus seres queridos y la obligación de los Estados de garantizar a las víctimas o a sus familiares un recurso sencillo y rápido contra las violaciones de derechos fundamentales, conforme al Artículo 25.1 de la CADH. En el mismo sentido la CIDH ha señalado que "la interpretación de este derecho ha evolucionado y actualmente se considera que el derecho a la verdad pertenece a las víctimas y sus familiares."[52]

3. Consideraciones finales y opinión personal

Aplicando el criterio de proporcionalidad en el balance de los derechos afectados, el acceso a la información de interés público debe regirse bajo el

51 Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus datos personales, Ley N. º 8968. Artículo 7. Gaceta N. º 170 de 05 de septiembre de 2011.

52 CIDH. *Derecho a la verdad*. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&lID=2 (acceso 2/12/2014).

principio de presunción de publicidad aplicando las mínimas restricciones que caben solo en casos excepcionales, previamente establecidos. Por esta razón los criterios de reserva de información deben ser establecidos en forma clara y precisa para permitir que entes jurídicos puedan revisar tanto la legalidad como la razonabilidad de la resolución a la luz de los intereses afectados.

Del mismo modo, para que la acción de habeas data sea llevada a cabo con eficiencia, deben eliminarse las trabas administrativas que obstaculizan la obtención de la información y deben implementarse sistemas de solicitud de información simples y de fácil acceso. De lo contrario, se consagraría formalmente una acción que en la práctica no contribuye a facilitar el acceso a la información, por lo cual no se cumpliría de manera efectiva con su objetivo y fin. Desde esta perspectiva, implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, o en su caso a los familiares del fallecido o desaparecido, en donde se ampara todo aquello que tiene que ver con el fuero personal y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas.

De todo lo expuesto, se desprende que los limitantes en la legitimación activa para interponer acciones de acceso a la información vulneran el derecho de información y de intimidad de los familiares cuando las circunstancias por las que se solicita la información son encaminadas a esclarecer hechos entorno al desaparecimiento o fallecimiento de una persona.

No es tarea fácil para un abogado luchar contra la literalidad en la que puede fundarse el sistema judicial para denegar este tipo de información (sea que detrás existan intereses políticos, trabas para encubrir a una autoridad o un precario pensamiento interpretativo). Sin embargo frente a casos de esta naturaleza, es válido emplear un reto hermenéutico que incluya una interpretación sistemática y extensiva de las normas que traen en sus preceptos la protección del derecho de acceso a la información en función de la naturaleza pro homine del caso.

4. Bibliografía

Abregú Martin y Christian Courtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales.* Buenos Aires: CELS, 1997.

Baños, Marco. *Transparencia y Acceso a la información pública en México.* México DF: FLACSO México, 2007.

Brandeis, Louis y Samuel Warren. "The Right to Privacy". *Harvard Law Review* (1890). http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html (acceso 22/11/2014)

Canales, Alonso. *Transparencia y rendición de cuentas en una democracia constitucional*. http://www.infodf.org.mx/nueva_ley/22/7/davidalonsocanalesvargas.pdf (acceso:24/11/2014)

Chirino, Alfredo. *Ley Modelo de Acceso a Información Administrativa para la prevención de la corrupción*. Ciudad de Antigua: Taller Técnico Regional OEA, 2000.

CIDH. *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2 (acceso: 23/11/2014)

CIDH. *Derecho a la verdad*. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&lID=2 (acceso 2/12/2014).

CIDH. "Informe sobre acceso al hábeas data y el derecho de acceso a la información en el hemisferio". *Informe Anual 2001.* OEA/Cap.III

Comisión Colombiana de Juristas. "Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Bogotá", 2007.

Corte IDH. Opinión Consultiva. OC-5/85, párr. 170

Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez. Fondo. Sentencia de 22 de febrero del 2002. Series C

Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134

Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 4 de julio del 2007

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Fondo. Sentencia de 16 de noviembre del 2009

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Fondo. Sentencia de 14 de Mayo de 2013

Corte Suprema de Argentina. *Caso "Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional -Estado Mayor Conjunto de las FFAA- s/ Amparo Ley 16.986*". Sentencia de 15 de octubre de 1998

Fuenmayor, Alejandro. *El derecho de acceso a los ciudadanos a la Información Pública*. San José: UNESCO, 2004

Muñoz de Alba, Medrano. Habeas Data. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/4.pdf (acceso 20/11/2014)

Murillo de la Cueva, Lucas. Informática y Protección de Datos Personales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1933

Nieto, Santiago. *Rendición de cuentas y transparencia*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2000.

Scalvini, Elda. "Las Medidas Precautorias y la Tutela Efectiva del Derecho a la Intimidad". *Derecho a la Información, habeas data e internet*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2002

Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador

Isabel Yepes
maria.yepes@estud.usfq.edu.ec
Nicolás Larrea
nicolas.larrea@estud.usfq.edu.ec

Resumen

Con objeto de profundizar en el estudio de arbitraje de inversiones en el Ecuador, este trabajo analizará los cambios que esta institución ha experimentado en el sistema jurídico ecuatoriano durante los últimos años. La estructura de este estudio se divide en tres ejes principales: primero, una explicación de las nociones generales que conciernen al arbitraje de inversiones en nuestro país; segundo, una exposición detallada de los cambios que esta institución ha experimentado; y tercero, un análisis de las ventajas y desventajas surgidas a partir de los mismos. Este trabajo es una revisión de las variaciones sustanciales más significativos del arbitraje de inversiones en el Ecuador, lo que nos permitirá evaluar si merecen o no ser justificados.

Palabras claves

Arbitraje, Arbitraje de inversiones, CAITISA, CIADI, Derecho internacional de inversiones, Tratados bilaterales de inversiones (TBIs)

Abstract

In order to deepen the study of investment arbitration in Ecuador, this paper will analyze the changes that this institution has experienced in the Ecuadorian legal system in recent years. The structure of this study is divided into three main areas: first, an explanation of the general notions concerning investment arbitration in our country, second, a detailed discussion of the changes that this institution has

experienced, and third, an analysis of the advantages and disadvantages arising from the aforementioned changes. This paper is a review of the most significant substantial alterations in investment arbitration in Ecuador, which will allow us to assess whether they deserved or not to be justified.

Key words

Arbitration, Bilateral Investment Treaties (BITs,), CAITISA, ICSID, Investment Arbitration, International Investment Law.

Índice:

1. Introducción:

El arbitraje de inversiones se ha convertido en el mecanismo de solución de conflictos más utilizado por los Estados y los inversionistas internacionales dentro del marco del Derecho Internacional de Inversiones.[1] El Ecuador, siendo un país en vías de desarrollo, se ha enfocado en atraer a múltiples inversionistas extranjeros de todas partes del mundo para que operen en el país en los diferentes ámbitos de producción, tales como el petrolero, de desarrollo urbano, de generación eléctrica, entre otros. Dos claros ejemplos del aumento de inversión extranjera, del cual el Ecuador ha podido beneficiarse en los últimos años, son el proyecto hidroeléctrico Coca Codo Sinclair y la construcción de la Refinería del Pacífico.[2] El primero se remite a la inversión de China que constituye el setenta por ciento de la inversión total estimada en aproximadamente dos mil millones de dólares. El segundo, se refiere a la inversión conjunta de Venezuela y China en el proyecto de la Refinería del Pacífico, con un costo estimado de más de diez mil millones de dólares en su totalidad.[3]

La lógica detrás de este fenómeno ha sido acompañada por un desarrollo paralelo de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano, con el fin de garantizar protecciones al inversionista y la protección de los intereses del Estado receptor de la inversión. Al amparo de los artículos 137 de la Constitución Política de 1979 y 163 de la Constitución Política de 1998, el Estado ecuatoriano celebró 16 Tratados Bilaterales de Inversión entre los años de 1995 y 2002 con países con los que estaba empeñado en fortalecer sus relaciones comerciales y atraer inversión.[4] Esto evidenció la intención del Estado ecuatoriano de estructurar y desarrollar el ordenamiento jurídico referente al Derecho Internacional de Inversiones, en concordancia con las normas constitucionales vigentes en aquellas épocas. Sin embargo, en los últimos años, el gobierno ha realizado diferentes cambios contrarios a este sistema jurídico que se venía consolidando en el país.

---

1 World Bank. *The ICSID Caseload Sstatistics*: *No. 2013-2*. Web. Washington DC: World Bank Group, 2013.
2 "China aumenta su presencia en Ecuador y América Latina." *El Telégrafo*. Web. 21 de abril de 2014.
3 Íbid.
4 "Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE)." *Tratados Bilaterales de Inversión: Ecuador*. Web. 22 de julio de 2014.

Estos cambios se ven reflejados en distintos aspectos y sucesos, tales como las contradicciones y restricciones que surgieron a raíz de la promulgación de la Constitución Política del 2008. De igual forma hallamos otros ejemplos de esta tendencia, tales como: determinados actos del poder público (que han afectado al sistema jurídico ecuatoriano en cuanto al arbitraje de inversiones), la creación de la Comisión para la Auditoría de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), y las constantes denuncias del gobierno en contra de los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBIs).

Debido a los significativos cambios que el arbitraje de inversiones está experimentando, es de suma importancia realizar un análisis objetivo y conciso que permita evaluar jurídicamente estas decisiones adoptadas por el Estado ecuatoriano. Con base en este análisis, se buscará proyectar las consecuencias futuras de esta serie de decisiones y sus potenciales efectos en el arbitraje de inversiones en Ecuador.

2. Conceptos generales: arbitraje, arbitraje de inversiones y TBIs

2.1. Del arbitraje en el Ecuador

El arbitraje es uno de los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos que opera con mayor frecuencia en el sistema jurídico ecuatoriano. Factores como la celeridad del proceso, el protagonismo de las partes, el diseño y elección de las reglas procesales y la oportunidad de elección de los han consolidado esta institución en nuestro país.[5] Uno de los ámbitos en donde se ha demostrado el incremento de casos arbitrales que involucran al Estado ecuatoriano como parte es en el CIADI, pues durante las últimas décadas, se ha pasado de 38 casos entre inversionistas y Estados en 1996 a 450 casos en el año 2011.[6] Con respecto a la situación particular del Ecuador, esto se ve reflejado en los seis casos que el Estado tiene pendiente por resolver en el CIADI, siendo el segundo país latinoamericano con más demandas presentadas en su contra ante este centro después de Argentina.[7]

5 Nuria González, «Un acercamiento al CIADI: El caso de Ecuador,» Serie Doctrinaria Jurídica 391 (2007).
6 Cecilia Olivet. Cuando la justicia es un negocio. P . 7.
7 Óp Cit. Nuria González, «Un acercamiento al CIADI..»

En cuanto al ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 190 de la Constitución Política reconoce expresamente al arbitraje como un procedimiento alternativo para la solución de conflictos. Además, el artículo primero de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) vigente prescribe:

> El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.[8]

El arbitraje por tanto, es un mecanismo alterno al cual se someten las partes de manera libre y voluntaria con el propósito de excluir la intervención estatal para ser juzgados por árbitros de su elección. Así lo expresa Francisco González de Cossío: "Las partes, al acudir al arbitraje, implícitamente desearon no hacer uso de la maquinaria judicial estatal. Los motivos pueden ser diversos, pero, cualesquiera que sean, la elección debe ser respetada."[9]

2.2. El arbitraje de inversiones

El arbitraje internacional tiene como objetivo solventar controversias que se presenten en las relaciones económicas en el plano internacional.[10] Dentro del arbitraje internacional, se encuentra el arbitraje de inversión enfocado en proporcionar un mecanismo alternativo para la solución de conflictos que surgen entre los Estados receptores de una inversión y un inversionista extranjero.[11] Este tipo de arbitraje se encuentra por lo general, pactado en las cláusulas arbitrales de los diferentes acuerdos e instrumentos internacionales que los Estados celebran entre ellos (TBIs), así como en los convenios pactados entre el Estado receptor y los inversionistas.

En la actualidad es muy común que los Estados no puedan ejecutar sus proyectos de desarrollo por cuenta propia. Consecuentemente, se ha desarrollado una tendencia para abrir los mercados a los inversores extranjeros,

8 Ley de Arbitraje y Mediación. (2006). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
9 Francisco Gonzáles de Cossío. *Arbitraje*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2004, pp. 830.
10 J. Chillón and J. Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1991.
11 Francisco González de Cossío, *Arbitraje,* México D.F: Editorial Porrúa, 2008, p. 870.

dentro de un proceso de liberalización de la economía. Ante este escenario, ha surgido la necesidad de proveer un adecuado mecanismo de protección para los inversores.

Es entonces donde el propósito de las cláusulas arbitrales, se manifiesta para ofrecer garantías de protección a los particulares que están dispuestos a operar en un país determinado, bajo un ordenamiento jurídico certero.[12] García Bolívar afirma que este es "un mecanismo de protección, no solo con la inclusión de estándares específicos de protección en contra de ciertas acciones del Estado, sino con la inclusión de la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante instancias internacionales.[13] De igual forma, Roberto Oliva de la Cotera afirma que este mecanismo surgió como una garantía efectiva a la protección de las inversiones extranjeras en países en donde tradicionalmente ha existido una "alarmante dependencia y subordinación del poder administrativo sobre el Poder Judicial o en donde los países receptores de las inversiones carecen de sistemas aptos que proporcionen y doten de confianza al inversionista."[14]

En consecuencia de la inestabilidad jurídica y política que podría presentarse en los Estados receptores, ha surgido el arbitraje de inversiones como mecanismo efectivo para garantizar a los inversionistas un proceso seguro en donde no sea el propio Estado quien actúe como juez y parte en el conflicto. Por lo tanto, los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) han surgido como la mejor alternativa para ofrecer dichas garantías a los Estados.

2.3. El arbitraje de inversiones como parte fundamental de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs)

Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) son acuerdos que se realizan entre dos Estados con el fin de asegurar que exista una efectiva protección a futuras inversiones que se realizan en Estados receptores por parte de inversionistas extranjeros.[15] De esta forma, se busca promover la inversión extranjera, ofre-

---

12 Andrés Rigo Sureda, «La noción de inversión protegida», en Mantilla Serrano, F. Coordinador, *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales*, p. 3.
13 Omar García-Bolivar, «Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones.,» *BG Consulting*, 2005.
14 Robert Oliva de la Cotera. *Sistema de protección de inversiones extranjeras y el arbitraje del CIADI en la República de El Salvador.* 2005.
15 Patricia B. Arsen. *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos*. Escola de Direito de Sao Paolo. http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf (acceso: 27/08/2014)

ciendo un marco legal estable y condiciones favorables para el desarrollo de la inversión.[16]

El Derecho Internacional de Inversiones, recogido en gran parte en los Tratados Bilaterales de Inversión, contiene principios propios que garantizan y promueven las actividades de los inversionistas extranjeros además de reglas dedicadas a la protección internacional de la inversión. En estas se cuenta principalmente con la garantía de poder demandar ante instancias internacionales en caso de controversia[17]. Por ejemplo, el Artículo 25 del Convenio CIADI dispone que un tribunal de este organismo tiene "jurisdicción sobre cualquier "diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante".[18] Las partes deben consentir a la jurisdicción del Tribunal de forma escrita. Sin embargo, el consentimiento también se puede dar directamente a través de un acuerdo realizado por las partes, por disposición de la legislación del Estado receptor o a través de un tratado. [19] Este tratado debe estar vigente entre el Estado receptor y el Estado de nacionalidad del inversionista.[20]

En la actualidad, la doctrina concierta en la posibilidad de identificar cuatro disposiciones esenciales de los TBIs, estas son: (a) la recepción de las inversiones; (b) el tratamiento de las inversiones una vez constituidas; (c) la protección y garantía de estas inversiones; y (d) la solución de controversias entre los Estado parte al tratado y entre el Estado receptor de la inversión y el propio inversionista.[21] Este último aspecto es el que nos interesa, pues a partir de los años 90 cuando más Estados se adhirieron a la Convención de Washington, se abandonó la idea del litigio entre un Estado y un inversionista extranjero como "la sola competencia de los tribunales internos que debía ser juzgado por el derecho interno del Estado receptor de la inversión."[22]

16 Decio Machado. *Ecuador y la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión*. http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=9537&htmltable=1 (acceso: 27/08/2014)
17 Enrique Fernández Masiá. "Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras". *Revista Internacional de Arbitraje* VII (2007), p. 14.
18 Lucas Bento. "Distilling Principles of Law from ICSID Cases Against Ecuador". *Journal of International Arbitration* (2014), p. 12.
19 Véase, p. ej., TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador
20 Rudolf Dolzer & Cristoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*.Oxford: Oxford Press, 2012, p. 230.
21 Jaime Ramírez & Margie Lyz. *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Instutito Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 840.
22 *Ibídem*, pp. 844

Hasta los años 50, las disputas en relación a inversiones extranjeras podían ser resueltas de dos formas: bajo el sistema legal del Estado anfitrión o acudiendo ante la Corte Internacional de Justicia, amparada exclusivamente por el Derecho Internacional Público.[23]

En 1959, Alemania y Pakistán celebraron el primer tratado de protección, lo que trajo consigo un nuevo paradigma para el Derecho Internacional de Inversiones. No obstante, apenas en el año 1965, con la adopción de la Convención de Washington[24] sobre la resolución de diferencias relativas a inversiones, se evidencia una institucionalización del arbitraje internacional para resolver litigios entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor de la inversión.[25] Así, en 1966 se creo el Centro de Arbitraje Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI), que no fue sino hasta los años 90, donde verdaderamente empezó a tener protagonismo.[26]

Para el Estado receptor de la inversión la "entidades del sector público, Dentro de estos, hallamos como s que incurrir en considerables gastons guir este rubro dendio aherramienta legal que protege su interés es el ejercicio de su soberanía, en virtud de lo cual puede tomar dentro de su territorio las medidas que considere apropiadas para la consecución de los fines públicos que estime."[27] Esto hace posible identificar la necesidad de contar con un sistema de solución de conflictos externo a las partes como es el arbitraje de inversiones, para de esta forma garantizar la neutralidad de las soluciones sin que estas se vean afectadas por los intereses de las partes. Entonces, resulta ser que el arbitraje de inversiones busca separarse del sistema de justicia ordinario por la influencia política, falta de imparcialidad y demora injustificada en la resolución de la controversia que ésta puede presentar.

---

23 Horacio Rossati. *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema jurídico argentino*. CEPAL. http://www.cepal.org/drni/noticias/noticias/7/13167/12.pdf (acceso: 22/08/2014).

24 El artículo 42.1 de la Convención prevé que: "El tribunal debe resolver sobre el litigio conforme a las reglas de derecho adoptadas por las partes. A falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal aplica el derecho del Estado contratante parte al litigio, comprendiendo las reglas relativas a los conflictos de Ley es, así como los principios de derecho internacional en la materia".

25 Jaime Ramírez & Margie Lyz. *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Instutito Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 840.

26 Omar García-Bolivar. *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*. http://www.bg-consulting.com/basic.pdf (acceso: 24/08/2014)

27 *Ibídem*.

Aunque existe una gran polémica con respecto a dichos acuerdos,[28] los TBIs han sido una herramienta fundamental para que países en vías de desarrollo, más aún los Estados latinoamericanos, puedan captar grandes cantidades de capital.

Desde mediados de 1980, la gran mayoría de los países en vías de desarrollo han optado por un camino abierto hacia la Inversión Extranjera Directa.[29] Esto, relacionado estrechamente con la búsqueda de beneficio de las contribuciones que puede traer la inversión extranjera al desarrollo del país.[30] De esta forma, hasta el 2008, se habían suscrito 2670 TBIs y más de 270 Acuerdos Internacionales de Inversión. Dentro de estos, hallamos Acuerdos de Libre Comercio o de Integración Económica en el mundo.[31] La literatura económica ha mantenido un constante análisis sobre los llamados "determinantes de la Inversión Extranjera Directa" para diagnosticar aquellos factores que pueden ayudar a los países en desarrollo a "resultar más atractivos, desde una perspectiva de localización de la Inversión Extranjera Directa, por parte de las economías desarrolladas."[32] En este sentido, el ámbito de los determinantes normativos juega un papel fundamental al momento de escoger nuevos territorios para inversión de capital. Luis A. Peragón afirma:

> Las economías en desarrollo, en el ámbito de sus estrategias nacionales de atracción de la Inversión Extranjera Directa, consideran que la firma de Convenios Internacionales, con las economías desarrolladas, constituye un determinante adicional que añadir a la lista de determinantes anteriores enviando una señal clara sobre sus intenciones de convertirse en zonas de localización preferente de la Inversión Extranjera Directa.[33]

28 Ver Eberhard, P., y Olivet. *Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*. Disponible en http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf]

29 Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo*. New York, 2009, pp. 47.

30 *Ibídem*.

31 *Ibídem*.

32 Luis Peragón. *Estudio Exploratorio sobre el Impacto de los Convenio para evitar la Doble Imposición para atraer la Inversión Extranjera Directa: caso America Latina*. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, 2013.

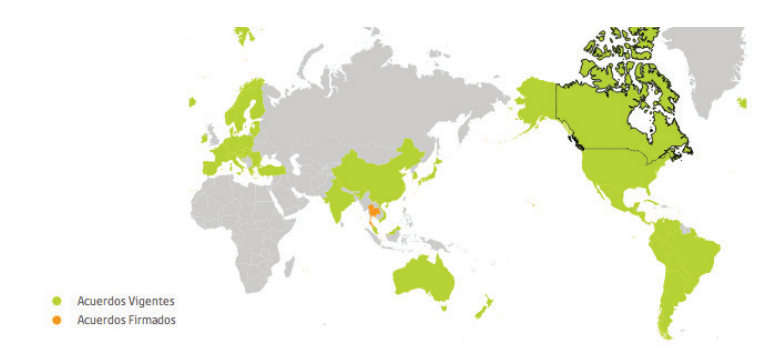
33 *Ibídem*.

A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) del año 2009, se realizó un estudio titulado "El papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión en la atracción de Inversión Extranjera Directa hacia los países en desarrollo" donde se demuestra que los análisis econométricos sobre los efectos de los TBIs en las corrientes de la Inversión Extranjera Directa hacia los países en desarrollo, han permitido comprobar cuatro hipótesis:[34]

> Efecto de compromiso: TBIs como demostración de compromiso internacional vinculante que otorga a los inversores extranjeros una protección y un trato satisfactorio.
> Efecto demostrativo: TBIs como muestra de seriedad de intenciones del país receptor.
> Efectos sustitutivo de la mejora de la calidad institucional: TBIs como forma de compensar las deficiencias institucionales nacionales.
> Disposiciones firmes a favor de inversores: a través de TBIs se tiene mayor posibilidad de fomentar Inversión Extranjera Directa.

La forma ideal de demostrar estas ideas, es a través de ejemplos concretos. El caso que se destaca en la región y puede servir de referente para este estudio es el caso de la República de Chile. Actualmente este país cuenta con 23 acuerdos comerciales celebrados con los países que se ilustran a continuación:

Mapa de acuerdos comerciales de Chile[35]



34 Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo*. New York, 2009, pp. 48.
35 Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales. *Mapa de acuerdos comerciales*. http://www.direcon.gob.cl/mapa-de-acuerdos/ (acceso 31/01/2015)

La economía chilena constituye un lugar atractivo para invertir, constituyendo a este país como una de las naciones con mayor presencia de capital extranjero. Es importante mencionar, como se demuestra en el mapa, que Chile ha sabido mantener relaciones de comercio con toda la región americana. Es decir, Chile cuenta con acuerdos comerciales con los países que le rodean, permitiendo de esta forma, que se ubique en la cabecera de la región. Así, Chile constantemente se encuentra reforzando su relación con Estado Unidos, referente hegemónico de la región, pero de la misma manera con países más pequeños como Ecuador y Bolivia. Asimismo, este país ha expandido su horizonte, pues se ha ganado el mercado europeo demostrando seriedad en sus negocios.

En 2011, los flujos de Inversión Extranjera Directa entrante constituyeron el 30,1% del total de la Formación Bruta de Capital.[36] Estas estadísticas demuestran que en el mismo año, el acervo de la Inversión Extranjera Directa se situaba en las dos terceras partes del PIB nacional chileno:[37]

Chile - Visión general de la IED (millones de dólares y %)

	Flujos de IED					Como % de la FBC			
	2005/07 Media anual	2008	2009	2010	2011	2005/07	2009	2010	2011
entrante	9.031	15.518	12.887	15.373	17.299	31,7	36,8	35,0	30,1
saliente	3.066	9.151	7.233	9.231	11.822	10,8	20,7	21,0	20,6
	Acervo de IED					Como % del PIB			
	1995	2000	2009	2010	2011	1995	2009	2010	2011
entrante	24.437	45.753	127.940	154.638	158.102	33,9	79,5	76,0	67,5
saliente	2.774	11.154	51.426	60.147	68.974	3,8	32,0	29,6	29,5

Chile ha demostrado que la suscripción de Acuerdos de Inversión, en particular los TBIs, aseguran un marco normativo confiable, que atrae la inversión extranjera, donde los chilenos se han beneficiado de ella. Esto ha servido como medio para demostrar al mundo que los tratados constituyen un instrumento que protege, no sólo a los inversionistas sino también a los Estado receptores de esas inversiones.

36 La Formación Bruta de Capital (anteriormente, inversión interna bruta) comprende los desembolsos en concepto de adiciones a los activos fijos de la economía más las variaciones netas en el nivel de los inventarios. Ver: http://datos.bancomundial.org/indicador/NE.GDI.TOTL.ZS

37 Luis Peragón. *Estudio Exploratorio sobre el Impacto de los Convenio para evitar la Doble Imposición para atraer la Inversión Extranjera Directa: caso America Latina*. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, 2013.

3. Panorama de los TBIs en el Ecuador

Desde los años noventa, los TBIs se han convertido en una herramienta útil para acercar a los inversionistas y a los países dispuestos a albergar capital. Según datos del CIADI se encuentran registrados 1100 TBIs, de los cuales 800 han sido concluidos desde 1990.[38] De acuerdo a los datos otorgados por el Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de Estados Americanos, existen 30 tratados bilaterales firmados por Ecuador, de los cuales 27 entraron en vigencia a partir de los 90. Por mencionar algunos ejemplos, Ecuador mantiene un Tratado Bilateral de Inversión con países como Alemania, Canadá y Estados Unidos[39].

En párrafos anteriores mencionamos el Convenio de Washington, como el aquel antecedente para la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. El caso de Ecuador es interesante, pues se constituye como el segundo país con más demandas en vía directa de acceso ante esta instancia.[40] Ecuador tiene un caso concluido y seis pendientes.[41]

Más adelante se analizará la situación actual de los TBIs en Ecuador; sin embargo, es pertinente adelantar que a partir de la creación de la Comisión Internacional para la Auditoría Integral de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en materia de Inversiones (CAITISA), de los 27 tratados que entraron en vigor, 10 han sido denunciados y 17 se encuentran en proceso de denuncia por parte del Estado ecuatoriano.[42] Esto demuestra un antes y un después en la historia del Arbitraje de Inversiones en el país, pues las condiciones políticas y jurídicas actuales de Ecuador han comenzado con la construcción de un nuevo rumbo donde parecería ser, que el arbitraje internacional de inversiones se encuentra a un lado del camino.

38 CIADI. *Estadísticas*. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=Spanish51. (acceso: 30/08/2014)
39 OEA. *Sistema de Información sobre Comercio Exterior: Información sobre Ecuador*. http://www.sice.oas.org/ctyindex/ECU/ECUBITs_s.asp. (acceso: 30/08/2014)
40 Nuria González. *Un acercamiento al CIADI: el caso Ecuador*. México: UNAM-Editorial Porrúa, 2006.
41 CIADI. *Caso IMB World Trade Corp. vs Republic of Ecuador*. Caso num. ARB/02/10.
42 SENPLADES. *Continúa auditoria de los Tratados Bilaterales de Inversión*. http://www.planificacion.gob.ec/tag/tbi/ (acceso: 27/08/2014)

4. Cambio en las reglas de juego

A partir del año 2007, Ecuador encaminó una dirección distinta. Desde la instauración del gobierno del Presidente Rafael Correa, los TBIs han sido seriamente cuestionados. El Art. 422 de la Constitución Política del Ecuador aprobada en Montecristi, representa un obstáculo para la suscripción de tratados que cedan jurisdicción a instituciones internacionales.

El año 2009 marcó la historia del arbitraje en el país. El gobierno del Presidente Correa promovió la iniciativa de denunciar algunos acuerdos firmados por gobiernos anteriores y solicitó la terminación de negociaciones de nuevos tratados. Sumado a esto, mediante Decreto Ejecutivo No. 1823, publicado en el Registro Oficial No. 623 del mismo año, el Estado ecuatoriano se retiró del CIADI culminando así una etapa del Arbitraje de Inversiones en el Ecuador y deparando un nuevo futuro para el arbitraje internacional en el país. A continuación, expondremos un análisis punto por punto de cada una de las decisiones que han generado cambios para el arbitraje de inversiones en el Ecuador.

4.1. Limitación constitucional y contraposición legal:

El primero de los cambios importantes que ha sufrido la institución del arbitraje de inversiones en Ecuador se originó con la promulgación de la Constitución Política del año 2008. Como se mencionó, el artículo 190 de la Norma Suprema reconoce al arbitraje como mecanismo aplicable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano e incluso sostiene que el arbitraje deberá aplicarse con sujeción a la ley. Cumpliendo con este precepto constitucional, la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) es la encargada de regular los procedimientos arbitrales. En cuanto al arbitraje internacional, el artículo 42 de esta ley establece en su primer inciso: "El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador."[43] Sin embargo, los siguientes incisos de este mismo artículo especifican lo siguiente:

> Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

43 Ley de Arbitraje y Mediación. (2006). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

> Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, **salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.** [Subrayado es nuestro].[44]

Pues bien, de este último inciso es pertinente resaltar que el arbitraje internacional que involucre a las diferentes entidades del sector público, sólo deberá requerir la autorización de las autoridades estatales máximas en los casos en que el arbitraje no estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes para el Estado. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) son instrumentos internacionales vigentes para el Ecuador y en su mayoría de casos han sido ratificados por el Estado antes de la promulgación de la Constitución de 2008. Si no se ha manifestado la voluntad estatal de terminarlos o si no se han cumplido las condiciones estipuladas para su terminación, éstos se encuentran plenamente vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Además, no cabe la aplicación retroactiva de la Constitución Política de 2008 y de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues muchos de los TBIs suscritos entraron en vigencia antes de la promulgación de estas dos normas. Por lo tanto, las cláusulas arbitrales contempladas en estos TBIs no requieren autorización previa de las autoridades estatales para ser plenamente legales y vinculantes para las controversias surgidas entre inversionistas y el Estado.

El mayor problema surge al momento de analizar el artículo 422 de la Constitución Política, que en sus primeros dos apartados establece:

> No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.
> Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países

44 Íbid.

> signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.[45]

A partir de la lectura de este artículo, se puede interpretar la limitación constitucional, para el sometimiento de controversias internacionales entre el Estado y personas naturales o jurídicas, al mecanismo de arbitraje internacional que se encuentra reconocido en el artículo 190 de la misma Carta Magna y en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Dicha limitación existe en virtud de que el Estado se ve imposibilitado de celebrar tratados o instrumentos internacionales con cláusulas de arbitraje internacional; a excepción de que estas se encuentren en tratados que establezcan mecanismos de solución de conflictos entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica y por órganos regionales o con jurisdicción de los países signatarios. Sin duda, esto implica una contradicción parcial con el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación que no menciona estos supuestos de excepción y que incluso respeta el sometimiento del Estado a arbitraje internacional bajo las condiciones estipuladas en instrumentos internacionales vigentes.

Resulta difícil encontrar una justificación jurídica que motive exceptuar los mecanismos arbitrales regionales a esta prohibición general expresada en el artículo 422 de la Constitución Política. En todo caso, debe tomarse en cuenta que este artículo se refiere expresamente a la celebración de tratados o instrumentos internacionales que prevean cláusulas arbitrales internacionales y no a la prohibición expresa de que el Estado se someta a este mecanismo en los instrumentos que ya han sido ratificados antes de la entrada en vigencia de la Constitución del 2008. Esto se interpreta a la luz del principio de irretroactividad de la norma, que prohíbe que una ley promulgada, en este caso en el año 2008, surta efectos en los TBIs ratificados por el Estado en fechas anteriores a la misma. Por lo tanto, para los casos en los que el Estado ya ha se ha sometido a arbitrajes internacionales derivados de tratados e instrumentos ratificados antes del año 2008 y que en algunos casos se mantienen vigentes, deberá el Estado acogerse a lo estipulado por las Constituciones que regían el ordenamiento jurídico al momento de su entrada en vigencia. Es importante mencionar que la denuncia del Estado ecuatoriano a los TBIs fue propuesta con el fin de acabar

45 Constitución Política de la República del Ecuador. (2008). R.O. No. 449. Corporación de Estudios y Publicaciones.

con el acuerdo entre los Estados. Es por esta razón, que la denuncia de los TBIs ha causado tanta polémica pues los particulares que invirtieron su capital en Ecuador, lo hicieron bajo la idea de que un acuerdo internacional los protegía; hoy en día dejando de estarlo.

Sin perjuicio de esta afirmación, el artículo 190 de la Constitución y el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, aunque sean posteriores a la entrada en vigencia de los TBIs existentes, establecen que el arbitraje internacional operará para las diferentes entidades del Estado, aún sin autorización expresa de las autoridades máximas, en los casos en los que el arbitraje se encuentre previsto en instrumentos internacionales vigentes. En consecuencia, en el caso de existir un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) con una cláusula arbitral, que se encuentre vigente y que haya sido celebrado antes de la promulgación de la Constitución actual, no habrá forma de que el Estado ecuatoriano excuse su sometimiento a dicho mecanismo.

4.2. Actos del Poder Ejecutivo que afectan al arbitraje de inversiones en el Ecuador

Como consecuencia de la promulgación de la Constitución Política de 2008 y en virtud del artículo 422 antes citado, una serie de actos del Poder Ejecutivo han sido establecidos con el propósito de limitar aun más el arbitraje internacional de inversiones para el Ecuador. El primero, y más importante, fue el Decreto Ejecutivo No. 1823 promulgado en el Registro Oficial el 2 de julio de 2009, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria que le corresponde al Poder Ejecutivo. El Presidente de la República Rafael Correa ordenó la derogación del Decreto Ejecutivo No. 1417-B del 6 de abril de 2001, en el que se ratificaba el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, la cual fue suscrita por Ecuador en la ciudad de Washington el 15 de enero de 1986.

Los efectos de este Decreto fueron la denuncia y terminación del Convenio mencionado, que a su vez retira al Ecuador del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Este acto del Poder Ejecutivo, fundamentado en el artículo 422 de la Constitución de 2008, ha generado que el Estado ecuatoriano en ejercicio de su soberanía

nacional abandone el más importante mecanismo de solución de conflictos en el plano del Derecho Internacional de Inversiones.

El segundo acto del Poder Ejecutivo también ha generado múltiples cuestionamientos, debido a su carácter controversial y en cierto grado contradictorio con la construcción del sistema normativo que ha intentado regular y estructurar el arbitraje internacional de inversiones en el Ecuador durante décadas. Nos referimos al oficio presidencial No.T.1-C.1-SNJ-12-1134 con fecha del 5 de octubre del 2012. Este oficio, firmado por el Presidente Rafael Correa y dirigido a los ministros y secretarios de estado y a las autoridades de la administración pública central e institucional, ordena lo siguiente: "que en los diversos contratos que se suscriban a partir de esta fecha, deberán someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales."[46] Si bien más adelante en este oficio se hace excepción a los contratos de empresas extranjeras amparadas por Tratados Internacionales de protección de inversiones aún vigentes, la primera disposición del oficio denota una clara intención del Ejecutivo de restringir en su totalidad el sometimiento a arbitraje. Si bien la segunda parte de la disposición reconoce que, por mandato constitucional no se puede restringir el sometimiento a arbitraje internacional en los contratos amparados por tratados internacionales vigentes para el Estado ecuatoriano, está claro que la intención del gobierno se perfila para bloquear todo tipo de sometimiento futuro a este mecanismo que se ha ido desarrollando efectivamente en los últimos años en el país.

4.3. Creación de la Comisión Internacional para la Auditoria Integral de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en materia de Inversiones (CAITISA)

Sumado a los acontecimientos mencionados en líneas anteriores, bajo el Decreto Ejecutivo No. 1506 y en ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 147 de la Constitución y 11 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, el presidente Correa creó la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA). De esta forma, se buscó formalizar la persecución emprendida hacia los TBIs. Esta comisión se ha

46 Oficio Presidencial No.T.1-C.1-SNJ-12-1134 con fecha del 5 de octubre del 2012. Emitido por el Presidente de la República Rafael Correa Delgado.

propuesto objetivos claros y concisos: encontrar la compatibilidad o no de los tratados con el nuevo texto constitucional y encontrar las "deficiencias contenidas en las actuaciones, laudos y decisiones de los órganos y jurisdicciones del sistema de arbitraje internacional"[47].

La comisión ha decidido trabajar en tres ejes, siendo el segundo "El sistema de arbitraje de inversiones y casos contra Ecuador", donde los integrantes de CAITISA han analizado las demandas propuestas en contra del Estado ecuatoriano.[48] Salta a la vista los datos entregados del primer análisis sobre el segundo eje, donde se muestra que el 70% de las demandas se concentran entre el año 2006 y 2012[49].

5. Conclusiones

A través del estudio realizado en este trabajo, se puede concluir que los TBIs han cumplido con un rol fundamental al momento de proteger la inversión extranjera, pues son clave para garantizar un ambiente de estabilidad, equidad y seguridad al inversionista así como la protección contra medidas arbitrativas y discriminatorias por parte de los países receptores de capital. En consecuencia, estos tratados influencian directamente la reputación de una nación ante los ojos de los inversionistas, generándole al Estado mayor inversión y fomentando el desarrollo económico.

Contrario a lo establecido en estas ideas, tras la posesión del nuevo gobierno en el 2007, los TBIs han sido duramente criticados. Las acciones tomadas por el presidente para denunciar estos acuerdos internacionales han sabido restar puntos al Ecuador en la competencia por atraer inversores extranjeros. A lo largo del análisis realizado, se hizo énfasis en la necesidad de contar con instancias neutrales a los intereses de las partes. Es complicado poner en una lado de la balanza la protección y la seguridad jurídica que garantizan los instrumentos jurídicos internacionales y en otro lado, leyes pensadas por el propio país anfitrión.

El Ecuador de hoy presenta un ambiente hostil para el Arbitraje de Inversión tradicional. El Art. 422 de la Constitución Política del Ecuador,

47 Decreto Ejecutivo 1506, Registro oficial No. 958, martes 21 de Mayo de 2013.
48 Jijón, R & Marchán, M. *Arbitration and mediation law: Guidelines for applicability*. The Arbitration Review of the Americas, 2014.
49 Senplades. *Auditoria a TBIs avanza en sus tres ejes de trabajo*. 8 de marzo de 2014. http://www.planificacion.gob.ec/tag/tbi/

oficios presidenciales con prohibiciones expresas sobre subscripción de tratados, la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión y la creación de una comisión auditora de estos nos hacen dudar acerca del futuro del Arbitraje de Inversión en nuestro país. Sin embargo, resulta curioso que la Carta Magna reconozca el arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos y el mismo Art. 422 de la Constitución apunte a buscar nuevos espacios situados en el cono sur. Por consiguiente, es interesante preguntarse si lo que buscan los actuales detentadores del poder es delimitar geográficamente "al campo regional" el Arbitraje en controversias de índole comercial o verdaderamente cambiar el sistema tradicional alegando el ejercicio pleno de la soberanía nacional.

5. Bibliografía:

Arsen, P. *Tratados bilaterales de Inversión: significado y efectos.* http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/anexo10tratadosbilateralesdeinversion.pdf (acceso: 25/08/2014)

Banco Central del Ecuador. Riesgo país marzo 2014. http://contenido.bce.fin.ec/resumen_ticker.php?ticker_value=riesgo_pais

Bento, Lucas. "Distilling Principles of Law from ICSID Cases Against Ecuador." *Journal of International Arbitration* (2014).

Chillón, J.M. & Merchán, J. F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional.* Madrid: Civitas, 1991.

"China aumenta su presencia en Ecuador y América Latina." *El Telégrafo.* 21 de abril de 2014. http://www.telegrafo.com.ec/economia/masqmenos/item/china-amplia-su-presencia-en-ecuador-y-america-latina.html (acceso: 22/08/2014)

CIADI. *Estadísticas.* https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType= ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=Spanish51. (acceso: 30/08/2014

CIADI. Caso IMB World Trade Corp. vs Republic of Ecuador. Caso num. ARB/02/10.

Constitución Política de la República del Ecuador. (2008). R.O. No. 449. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo*. New York, 2009.

Decreto Ejecutivo 1506, Registro oficial No. 958, martes 21 de Mayo de 2013.

Dolzer, R. & Schreuer, C. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford Press, 2012.

Fernández Masiá, F. "Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras". *Revista Internacional de Arbitraje* VII (2007).

García-Bolívar, O. *Nociones Básicas del arbitraje internacional de inversiones. http://www.bg-consulting.com/basic.pdf*

Gonzáles de Cossío, F. *Arbitraje*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2004.

González, Nuria. Un acercamiento al CIADI: el caso Ecuador. México: UNAM-Editorial Porrúa, 2006.

Leonardi, H. y Feldstein, S. (1989). *Arbitraje interno e internacional*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

Ley de Arbitraje y Mediación. (2006). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Machado, D. *Ecuador y la Denuncia de los Tratados de Inversión.* http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=9537&opcion=document

Jijón, R & Marchán, M. *Arbitration and mediation law: Guidelines for applicability.* The Arbitration Reviewof the Americas, 2014.

Jijón, R. *Tratados Bilaterales del Ecuador: Consecuencias de la Denuncia.* http://www.ecamcham.com/download/cam/TBIs%20DEL%20ECUADOR%20CONSECUENCIAS%20DE%20LA%20DENUNCIA%20RJ.pdf

OEA. *Sistema de Información sobre Comercio Exterior: Información sobre Ecuador.* http://www.sice.oas.org/ctyindex/ECU/ECUBITs_s.asp. (acceso: 30/08/2014)

Oficio presidencial No.T.1-C.1-SNJ-12-1134 con fecha del 5 de octubre del 2012. Emitido por el Presidente de la República Rafael Correa Delgado.

Oliva de la Cotera, R. *Sistema de protección de inversiones extranjeras y el arbitraje del CIADI en la República de El Salvador*. http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/21.pdf (aceso: 30/08/2014)

Olivet, C & Eberhardt, P. *Cuando la injusticia es negocio*. *Corporate Europe Observatory and Transnational Institute,* 2012.

Mantilla, Francisco. (2007). *Arbitraje Internacional: tensiones actuales*. Bogotá: Legis, Comité Colombiano de Arbitraje.

Rossati, H. *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema jurídico argentino. CEPAL.* http://www.cepal.org/drni/noticias/noticias/7/13167/12.pdf (acceso: 22/08/2014).

Ramírez, J. & Lyz, M. *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Instutito Peruano de Arbitraje, 2008.

Rigo Sureda, A. "La noción de inversión protegida". *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales.* 1ra. Ed. Buenos Aires: Legis, 2007.

SENPLADES. *Auditoria a TBIs avanza en sus tres ejes de trabajo*. http://www.planificacion.gob.ec/tag/tbi/ (acceso: 30/08/2014)

SENPLADES. *Continúa auditoria de los Tratados Bilaterales de Inversión*. http://www.planificacion.gob.ec/tag/tbi/ (acceso: 27/08/2014)

World Bank. *The ICSID Caseload Statistics*. No. 2013-2. Washington, DC; World Bank Group. http://documents.worldbank.org/curated/en/2013/01/18801881/icsid-caseload-statistics (acceso: 26/09/2014)

Publicidad "made in Ecuador" y otras restricciones a la expresión publicitaria a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación

Andrea Muñoz Saritama
andre.munoz.s@gmail.com

Resumen

A partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación, el 25 de junio de 2013, nuevas disposiciones comenzaron a regir el ámbito publicitario. Es así que se dispuso que la publicidad a difundirse en el Ecuador debe ser producida por una persona natural o jurídica ecuatoriana. No obstante, no se aclara el alcance de la palabra producción, por lo que existe incertidumbre respecto a si la etapa de creatividad también debe someterse a ciertas exigencias. Este y otros vacíos normativos más serán analizados a continuación.
Además, se examinará la proporcionalidad entre las nuevas disposiciones y el fin perseguido, el mismo que apunta al fomento de la producción nacional. Así, se analizarán los posibles derechos fundamentales vulnerados como consecuencia de la aplicación del nuevo marco jurídico y; finalmente, se expondrá cómo estas disposiciones atentan contra derechos de propiedad intelectual ampliamente reconocidos.

Palabras clave

publicidad, producción, creatividad, proporcionalidad, derecho a la libertad de expresión, derecho a la libertad de empresa, propiedad intelectual.

Abstract

The Organic Law of Communication, which was enacted on June 25 2013, establishes new provisions in terms of advertising. In this sense, the law determines

that all advertisement that is broadcasted in Ecuador must be produced by Ecuadorian individuals or corporations. However, the scope of the word production is unclear. Thus, this paper seeks to determine whether or not the aforementioned provision is also applicable to the creativity stage.
Moreover, proportionality between the new provisions and their intended purpose- promoting domestic production- will be analyzed. The paper will also evaluate the potential violations of fundamental human rights that could derive from applying this new legal framework. Finally, this study will discuss the possible repercussions and violations of widely recognized intellectual property rights.

Key words

Advertising, production, creativity, right to freedom of expression, right to freedom of enterprise, intellectual property.

Índice

1. Introducción

¿Existe alguna empresa que no emplee la publicidad como medio para atraer al consumidor? ¿Podría una marca subsistir sin publicidad? Estas interrogantes permiten deducir la importancia de esta técnica de mercadeo, empleada como medio para llamar la atención del consumidor, y lograr que este adquiera un producto o se interese en la prestación de un servicio determinado.

La presente investigación tiene como objetivo principal realizar un análisis de la publicidad en el Ecuador a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación (LOC) y su Reglamento. Estos cuerpos normativos brindan un nuevo marco regulatorio a la publicidad ecuatoriana, pues esta última pasa a ser empleada como el medio para fomentar la producción nacional. Al cumplirse más de un año de la entrada en vigencia de la LOC, es necesario indagar en estas nuevas disposiciones, su alcance y legitimidad pues como se expondrá a continuación, varias de estas disposiciones se traducen en barreras a la práctica publicitaria.

El trabajo se dividirá en cinco partes. En primer lugar, se presentará una breve reseña histórica de la publicidad y su evolución normativa en el ordenamiento ecuatoriano. A continuación, se expondrán ciertos vacíos normativos que hasta el momento no han sido clarificados, generando así dificultades en el desarrollo publicitario. Posteriormente, se cuestionará la legitimidad de las nuevas restricciones que resultan ser atentatorias a derechos del anunciante, principalmente al derecho a la libertad de expresión y libertad empresarial. Luego, se analizará cómo los derechos de propiedad intelectual son totalmente irrespetados debido a estas nuevas limitaciones. Finalmente, se expondrá las conclusiones de la presente investigación y un comentario personal al respecto.

2. Breve reseña histórica sobre la publicidad y su regulación en el Ecuador

La publicidad nace con el origen del comercio de bienes y servicios, es así que en Babilonia ya existieron anuncios en tablillas de barro cocido, al igual que voceros que resaltaban las bondades de aquello que se preten-

día vender.[1] Asimismo, en Egipto se puede constatar que muchas de las inscripciones realizadas en las pirámides gozaban de un gran valor comercial y publicitario. De igual forma, en Grecia aparecieron los "axones" -postes de piedra- en donde se colocaron pergaminos y papiros con avisos comerciales.[2]

Por su parte, en Roma se desarrollaron varios tipos de anuncios de los cuales se destacan: "los alba", mensajes oficiales inscritos sobre muros de piedra de carácter puramente informativo; "los libelos", textos menos oficiales inscritos sobre papiros y "los grafitos", textos anónimos y recurrentes con mensajes publicitarios.[3] Más adelante, a finales del siglo XV, la aparición de la imprenta marca una nueva etapa para la publicidad, pues los medios rudimentarios pasan a ser desplazados por la prensa escrita.[4]

En el Ecuador, la primera imprenta fue traída desde España por la Compañía de Jesús, en el año de 1750, la misma que en un principio estuvo destinada de forma exclusiva para la publicación de obras religiosas.[5] Posteriormente, se crearon varios periódicos que constituyeron los primeros soportes para los anuncios publicitarios. De esta forma, el desarrollo continuo de dicha industria, sumado a la aparición de la radio a finales del siglo XX, conllevó a un consecuente progreso de la actividad publicitaria.[6]

Es así que, el 22 de mayo de 1968 se crea la Asociación Ecuatoriana de Agencias de Publicidad (AEAP), cuyos objetivos principales eran profesionalizar la actividad publicitaria y generar una relación sólida con los medios de comunicación y anunciantes, en beneficio de los consumidores. En 1982 esta asociación presenta el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria, instrumento de autodisciplina para la industria publicitaria. Si bien este código no constituye un cuerpo legal, recoge ciertos principios que delimitan la práctica publicitaria.[7]

---

1 Jhonson Thomas. *Publicidad*. México D.F: Pearson. 2005, p.9.
2 Raúl Eguizábal. *Historia de la Publicidad*. Madrid: Celeste Ediciones, 1998, p. 14.
3 Antonio Checa. *Historia de la Publicidad*. España: Gesbiblo, S. L., 2007, p. 6.
4 José Carbonell *et al*. *El impacto económico de la cultura en Perú*. Bogotá: Convenio Andres Bello, 2005, p. 87.
5 Julio Castillo, Gerardo Nicola y Horacio Sevilla. "Tras la huella de la primera imprenta". *La Hora*. 04/03/2006.
6 Antonio Checa. *Historia de la Comunicación: De la Crónica a la Disciplina Científica*. España: Gesbiblo, S. L., 2008, p. 166.
7 AEAP. *Historia de la Asociación Ecuatoriana de Agencias de Publicidad*. <http://aeapecuador.com/historia.php> (acceso: 14/11/2014).

De esta forma, surge la necesidad de crear una normativa que regule la publicidad de manera más específica, por lo que al expedirse, en 1990, La Ley de Defensa del Consumidor se destina el capítulo tercero para regular aspectos básicos de la actividad publicitaria.[8] Asimismo, a partir de la Constitución de 1998 ya se incorpora la prohibición de publicidad engañosa y abusiva.[9]

Posteriormente, en el año 2000 entra en vigencia la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor -derogatoria de la anterior- que establece un marco normativo más riguroso para la publicidad en resguardo del consumidor.[10] De igual forma, la Constitución de 2008 dispone prohibiciones a la expresión publicitaria con el fin de proteger a este último.[11] Finalmente, el 25 de junio de 2013, se expide la Ley Orgánica de Comunicación (LOC) que lejos de enfocarse en el consumidor, se aparta de toda lógica mantenida en la regulación de la publicidad y atenta de forma directa contra la libertad de expresión y empresarial, como será expuesto posteriormente.

3. Nuevas regulaciones, nuevos vacíos a la práctica publicitaria

Conforme al Art. 98 de la LOC:

> La publicidad que se difunda en territorio ecuatoriano a través de los medios de comunicación deberá ser **producida** por personas naturales o jurídicas ecuatorianas, cuya titularidad de la mayoría del paquete accionario corresponda a personas ecuatorianas o ex-

8 En esta Ley se prohíbe difundir información falsa que induzca a error, confusión de calidad, cantidad o precio; promover el uso indebido de sustancias psicotrópicas o estupefacientes; utilizar declaraciones falsas concernientes a la existencia de rebajas en los precios de bienes y servicios; y, vulnerar valores históricos patrióticos, culturales o religiosos. Ley de Defensa del Consumidor, 1990. Artículo 14 y 15. Registro Oficial No. 520 de 12 de septiembre de 1990.
9 Se prohíbe de manera expresa la publicidad engañosa y abusiva, o que induzca a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor. Constitución Política de la República del Ecuador, 1998. Artículos 81 y 244. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
10 Se establece que el proveedor cuya publicidad sea considerada engañosa o abusiva, será sancionado con una multa de mil a cuatro mil dólares. Cuando un mensaje publicitario sea engañoso o abusivo, la autoridad competente dispondrá la suspensión de la difusión publicitaria, y además ordenará la rectificación de su contenido, a costa del anunciante, por los mismos medios, espacios y horarios. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 72. Registro Oficial Suplemento No. 116 de 10 de julio de 2000.
11 Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos. Además, se establece que el Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 19 y 364. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

> tranjeros radicados legalmente en el Ecuador, y cuya nómina para su **realización** y **producción** la constituyan al menos un 80% de personas de nacionalidad ecuatoriana o extranjeros legalmente radicados en el país. En este porcentaje de nómina se incluirán las contrataciones de servicios profesionales.
> Se prohíbe la importación de piezas publicitarias producidas fuera del país por empresas extranjeras.
> Para efectos de esta ley, se entiende por producción de publicidad a los comerciales de televisión y cine, cuñas para radio, fotografías para publicidad estática, o cualquier otra pieza audiovisual utilizada para fines publicitarios (…) (el resaltado es propio).[12]

De esta disposición se desprenden dos exigencias claras: i) la publicidad deber ser producida por una persona natural o jurídica ecuatoriana y, ii) la nómina para la realización y producción de la publicidad debe estar constituida por al menos un 80% de ecuatorianos o extranjeros legalmente radicados en el Ecuador.

El primer vacío normativo radica en el alcance de la palabra “producción”, el cual no ha sido determinado por la propia ley ni, posteriormente, por su reglamento. El clarificar dicho término cobra relevancia al tratar de identificar si el trabajo creativo forma parte de la producción publicitaria y, por ende, debe sujetarse a las exigencias anteriormente mencionadas.[13] La redacción del artículo evidentemente genera incertidumbre, pues al establecerse que la nómina para la realización y producción de la publicidad debe estar constituida por nacionales y residentes, parecería que la intención del legislador era la de incluir el trabajo creativo como parte de la producción de material publicitario.

Al existir dudas respecto a la interpretación de este artículo, es necesario acudir a las reglas de interpretación recogidas por el Art. 18 del Título Preliminar del Código Civil Ecuatoriano, el cual dispone como tercera regla:

“Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.[14]

---

12 Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 98. Registro Oficial Suplemento No. 22 del 25 de junio de 2013.
13 María Ángeles González y María Dolores Prieto. *Manual de Publicidad*. Madrid: ESIC Editorial, 2009, p. 169.
14 Código Civil (Título Preliminar). Artículo 18. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

La palabra producción ha sido entendida como la etapa en que las ideas se ejecutan, y pasan a convertirse en un anuncio para ser presentado al consumidor.[15] A su vez, se pueden distinguir distintos momentos en la etapa de producción publicitaria: a) la planeación, fase en la que se detectan las necesidades del mercado y las oportunidades del producto o servicio, b) la realización, fase que alude al acto de materializar la publicidad, c) la post-producción, fase que implica la edición y corrección del material publicitario final.[16]

La etapa creativa, por su parte, implica un momento previo a la etapa de producción, en la cual se determina el concepto publicitario a desarrollarse posteriormente.[17] De esto se deduce que dicha etapa no forma parte del proceso de producción publicitaria *per se*, sino que a una fase preliminar de generación de ideas. Consecuentemente, aquellas podrían provenir del extranjero y ser utilizadas para la ejecución de una publicidad en el Ecuador, pues están fuera del régimen establecido por la LOC.

A su vez, esta interpretación se ve soportada por ciertas disposiciones del Reglamento a la LOC. Es así que, con el fin de diferenciar entre anunciante y agencia de publicidad, se especifican algunos servicios que prestan estas últimas:

> Art. 45.- Agencia de publicidad.- Las agencias de publicidad son sociedades legalmente constituidas en el Ecuador, con personería jurídica, que en el ejercicio de su actividad profesional ofrece a sus clientes, entre otros, los siguientes servicios:
> 1. Estrategias creativas y desarrollo de la creatividad.
> 2. Elaboración de artes para publicación en medios masivos o impresión.
> 3. Producción audiovisual electrónica y de empresas (…)

En este sentido, se separa el servicio de desarrollo de estrategias creativas del servicio de producción, lo cual permite develar que la producción publicitaria no abarca necesariamente la etapa creativa. De igual forma, el Art. 46 del Reglamento en mención, establece que: "son productores de

15 Victor Curto, Juan Rey y Joan Sabaté. *Redacción Publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC, 2008, p. 34.
16 Florencia Visca. *Idear, planificar y ejecutar una producción*. http://www.palermo.edu/dyc/opendc/opendc2010_1/apuntes/065.pdf (acceso: 30/10/2014).
17Carlos Navarro. *Creatividad publicitaria*. Madrid: ESIC Editorial, 2010.

publicidad todas las personas naturales o jurídicas que se dedican profesionalmente y de manera organizada a la preproducción, producción, rodaje y postproducción de la publicidad".[18] Sin embargo, al no detallarse el alcance de ninguna de estas fases, es necesario recurrir a la interpretación técnica de dichas palabras, conforme a lo establecido anteriormente.

No obstante, acorde a declaraciones de los miembros del pleno del Consejo de Regulación y Desarrollo de Información y Comunicación (CORDICOM), el espíritu de la Ley de Comunicación es alentar a la creatividad y producción en la publicidad nacional.[19] Por lo tanto, la creatividad también se debería ajustar a las exigencias requeridas. Resulta evidente que al no existir un pronunciamiento expreso respecto a esta problemática, existe un vacío normativo que genera trabas a la práctica publicitaria.

El segundo vacío normativo es respecto a la prohibición de importación de piezas publicitarias establecida en el segundo párrafo del artículo previamente mencionado. La LOC establece que para efectos de dicha ley, se entiende por producción de publicidad a los comerciales de televisión y cine, cuñas para radio, fotografías para publicidad estática, o cualquier otra pieza audiovisual con fines publicitarios. Esta disposición dejó una serie de cabos sueltos, en especial lo atinente al uso de fotografías, ya que no se clarificaba el alcance de la prohibición respecto a fotografías extranjeras, así como el empleo de imágenes que no necesariamente incluyen fotografías.

No obstante, una vez expedido el Reglamento a la LOC, se dio respuesta a varias interrogantes. Es así que se dispuso lo siguiente:

> Art. 56.- Fotos publicitarias.- Las fotos que sean utilizadas para la realización de piezas publicitarias móviles o estáticas de bienes y servicios que sean ofertados dentro del territorio ecuatoriano serán realizadas por autores nacionales o extranjeros que residan regularmente en el Ecuador. Se exceptúan de la regla anterior:
> 1. Las fotos o imágenes destinadas a elaborar anuncios móviles o estáticos de películas o producciones audiovisuales extranjeras; eventos

18 Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 46. Registro Oficial Suplemento No. 170 del 27 de enero de 2014.

19 Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. http://www.cordicom.gob.ec/el-espiritu-de-la-ley-de-comunicacion-es-alentar-la-produccion-y-creatividad-en-la-publicidad-nacional/ (acceso: 18/10/2014).

> artísticos, culturales o deportivos que se realizan en el extranjero; destinos turísticos en el extranjero; y, personajes animados o de ficción cuya imagen esté protegida por derechos de propiedad intelectual.
> 2. El uso de imágenes producidas en el extranjero hasta en un 20% de la composición fotográfica destinada a usos publicitarios para visibilizar a las personas o personajes que son la imagen internacional del producto (...).[20]

Es decir, queda claro que tanto las imágenes como fotografías tendrán que ser realizadas por autores nacionales o extranjeros residentes en el Ecuador, salvo las excepciones mencionadas. Sin embargo, aún resta preguntarse qué pasa con las piezas publicitarias de sólo audio o sólo imágenes que se publicitan por otros medios distintos a la televisión, cine y radio, como por ejemplo aquellas piezas que se publicitan por medio del internet. Evidentemente, el escenario que se dispone para la publicidad ecuatoriana aún genera dudas.

De igual forma, otro vacío normativo surge a partir de la redacción del Art. 96 de la LOC, en donde se menciona lo siguiente:

> Al menos el 10% del presupuesto anual destinado por los anunciantes privados para publicidad de productos, servicios o bienes que se oferten a nivel nacional en los medios de comunicación se invertirá en medios de comunicación de cobertura **local o regional.**
> Se garantizará que los medios de menor cobertura o tiraje, así como los domiciliados en sectores rurales, participen de la publicidad (…) (el resaltado es propio).[21]

A partir de esta disposición, los anunciantes están obligados a invertir un determinado porcentaje en medios de comunicación de cobertura local o regional. No obstante, ni en dicha ley ni en su reglamento se establece qué se entiende por local o regional. Es decir, bien podría tratarse de una parroquia rural o urbana, cantón o provincia, lo cual genera una vez más incertidumbre en la aplicación de la nueva normativa establecida por la LOC.

20 Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 56. Registro Oficial Suplemento No. 22 del 25 de junio de 2013.

21 Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. http://www.cordicom.gob.ec/el-espiritu-de-la-ley-de-comunicacion-es-alentar-la-produccion-y-creatividad-en-la-publicidad-nacional/ (acceso: 18/10/2014).

Además, en el párrafo siguiente del artículo en mención, se establece que se garantizará que los medios de menor cobertura, así como los domiciliados en sectores rurales, participen en la publicidad. Consecuentemente, se estaría obligando a que el anunciante paute su publicidad en un determinado medio, al igual que la cantidad que se debe invertir.[22]El Reglamento de la LOC se encarga de enfatizar las consecuencias que soportarán los anunciantes que no cumplan con dicha disposición, mas no clarifica nada respecto a qué se entiende por medio de comunicación local o regional, ni establece parámetros para llevar a cabo dicha obligación.

4. Vulneración a derechos fundamentales de quienes publicitan su marca

Como es conocido, la LOC impone distintas restricciones a la libertad de expresión y opinión. Es así que, se han planteado demandas de inconstitucionalidad respecto a ciertos artículos que regulan el derecho a la comunicación. No obstante, como se expondrá a continuación, la Sección V de la ley en mención -atinente a la publicidad-, también vulnera derechos fundamentales de quienes publicitan su producto o servicio, como: i) el derecho a la libertad de expresión y, ii) derecho a la libertad de empresa.

4.1. Derecho a la libertad de expresión

En relación con la libertad de expresión, como bien lo establece el Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

> Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y **difundir informaciones e ideas de toda índole**, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (…) (el resaltado es propio).[23]

Al respecto, se ha establecido que la publicidad al ser una manifestación de la libertad de expresión, también está amparada por dicho derecho. Es así

22 Carlos Arroyo del Río. El futuro de la publicidad en el Ecuador. http://www.falconipuig.com/cyber-lex/el-futuro-de-la-publicidad-en-ecuador/ (acceso: 30/10/2014).
23 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.

que, las informaciones de naturaleza meramente comercial no se excluyen del ámbito de aplicación del presente artículo. No obstante, es lógico que el nivel de protección del derecho a la libertad de expresión de un anunciante, en la medida en que están en juego los derechos del consumidor, sea menor que el que se concede a la expresión de otras ideas.[24]

Para poder analizar la legitimidad de las disposiciones establecidas por la Ley Orgánica de Comunicación en cuanto a la producción de publicidad ecuatoriana y la prohibición de emplear fotografías extranjeras, es necesario recurrir al test de proporcionalidad. Es así que, conforme a La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, uno de los métodos de interpretación constitucional es el principio de proporcionalidad, que implica: i) la verificación de que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, ii) que sea idónea, necesaria para garantizarlo y, iii) que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.[25]

Respecto al primer requisito, el objetivo que se pretende con las restricciones anteriormente expuestas es fomentar la producción nacional. Dicho objetivo está presente en distintas normas constitucionales en las que se hace referencia al deber del Estado de promover la producción nacional. Por ello, se podría deducir que por medio de las limitaciones se protege un objetivo constitucionalmente válido.

No obstante, en lo atinente al segundo requisito, las limitaciones carecen de idoneidad pues no son necesarias para garantizar el objetivo en mención. El fomentar la producción nacional es un deber del Estado que implica la generación de programas, proyectos y estrategias de producción.[26] El adoptar disposiciones legales restrictivas, si bien puede ser el medio más rápido y fácil para lograr aumentar la producción nacional, no es el único medio para lograrlo. Existen otras alternativas posibles, como la elaboración de proyectos en los que se proporcione a los ecuatorianos las herramientas necesarias para una producción publicitaria de calidad; la

24 Susana Solans. *Publicidad y libertad de expresión: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, pleno de 15 de enero de 2010*. Diciembre de 2010. http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201012-98125456325871.html (acceso:30/10/2014).
25 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.
26 Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad. *Misión, Visión y Valores*. www.produccion.gob.ec (acceso: 19/11/2014).

realización de concursos que incentiven a los ecuatorianos a realizar campañas publicitarias en las que se reconozca el talento humano; impulsar la modernización y la eficiencia de la producción local para mejorar la competitividad internacional[27], entre otras.

Resulta evidente que limitar a que la publicidad sea producida en el Ecuador y prohibir el empleo de imágenes provenientes del exterior son restricciones inidóneas, ya que existen otros medios para satisfacer el objetivo legítimo de fomentar la producción nacional. Además, dichas limitaciones no se preocupan por promover producción nacional de calidad, lo que es primordial si se pretende aumentar la producción no solo localmente sino también a nivel internacional. Es así que, al contrario de lo pretendido, se podría entorpecer el desarrollo publicitario, pues la normativa en realidad no incentiva al productor nacional, sino que refleja una política de carácter paternalista que se enfoca en asegurar su empleo.

Finalmente, en relación con el equilibrio que debe guardar la protección y la restricción constitucional se realizan las siguientes consideraciones. Más allá de una protección, las medidas adoptadas aluden a una política pública de carácter socio económico, que tiene como fin último dar más trabajo a los productores ecuatorianos. La restricción constitucional no guarda equilibrio con el objetivo que se persigue, pues aparte de existir otros medios para lograr dicho fin, las limitaciones son medios indirectos que permiten elevar los niveles de empleo y desarrollo nacional.

Por todo lo expuesto, al no ser las medidas idóneas y proporcionales se concluye que estamos frente a restricciones inconstitucionales, que vulneran, entre otros, el derecho a la libertad del anunciante.

4.2 Derecho a la libertad de empresa

Considerando que la empresa es el eje fundamental del modelo económico moderno resulta indudable la importancia del principio de libertad de empresa. En la legislación ecuatoriana, dicho derecho se encuentra recogido en el Art. 66 numeral 15 de la Constitución, el cual hace alusión al derecho a desarrollar actividades económicas. No obstante, no existe una

27 Allan Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Constitución Económica*. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/43/rdpub_1990_43_5-16.pdf (acceso: 19/11/2014).

disposición constitucional que profundice el alcance de este derecho por lo que es necesario acudir al derecho comparado, jurisprudencia y doctrina para poder delimitar el ámbito de aplicación de la libertad empresarial.

Al respecto, resulta de gran utilidad la Constitución Española, en donde se ha dispuesto lo siguiente:

> Art. 38: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación.[28]

En efecto, la libertad de empresa permite asegurar a los individuos una esfera de actuación libre de injerencias estatales, pues su función específica radica en: "garantizar la independencia o autonomía de los ciudadanos permitiéndoles desplegar su potencial creativo en el ámbito económico de forma autónoma respecto del Estado y hacerlo de la forma menos regulada posible".[29]

Siguiendo la misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que la libertad de empresa comprende, entre otras garantías, la libre iniciativa privada y la libertad contractual.[30] Se entiende por la primera, aquella libertad de la cual gozan todas las personas para desarrollar cualquier actividad económica, dentro de los límites del bien común.[31]Por su parte, la libertad de contratación, implica la capacidad de celebrar los acuerdos necesarios para el desarrollo de la actividad económica.[32]

Resulta lógico, que al igual que cualquier otro derecho en el que está en juego la libertad, éste no sea absoluto, es decir admite limitaciones. No obstante,

28 Constitución Española. Artículo 38. 29 de diciembre de 1978.
29 Luis Sabogal. *Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia*. http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=emerca&page=article&op=view&path%5B%5D=2104 (acceso: 30/11/2014).
30 Corte Constitucional Colombiana. *Caso Jairo José Arenas Romero c. la Ley 1438 de 2011*. Resuelto el 14 de marzo de 2012. C197-12.
31 Base de Datos Políticos de las Américas. R*egulación de iniciativa privdada*. http://pdba.georgetown.edu/Comp/Comercio/Domestico/iniciativa.html (acceso: 19/10/2014).
32 Pablo González. *Libertad de Competencia*. 9 de diciembre de 2009. 7 de octubre de 2014 http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocomercial/2009/12/09/libertad-de-competencia (acceso: 19/10/2014).

como bien lo ha establecido la Corte colombiana, las restricciones que se llegaren a presentar tienen que:

> (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.[33]

Como ya se mencionó, las restricciones que impone la LOC no son proporcionales ni constituyen el único medio para satisfacer el objetivo que se pretende. Además, existe una vulneración a la libertad de contratación pues al determinar que la publicidad tiene que ser producida en el Ecuador, no se permite al anunciante ecuatoriano que contrate a una empresa extranjera para la producción de su publicidad, al igual que un extranjero que desee publicitar su marca en el ecuador debe forzosamente contratar con una agencia de publicidad ecuatoriana.

5. ¿Se respetan derechos de propiedad intelectual?

La Constitución en sus artículos 22, 25 y 322 reconoce el derecho de todas las personas a la propiedad intelectual. Asimismo, este derecho fundamental se contempla en distintos instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros.[34] En este sentido, la doctrina ha establecido que "al ser los derechos de propiedad intelectual semejantes a cualquier otro derecho de propiedad, permiten al creador o al titular de una patente, marca o derecho de autor, beneficiarse de su obra o inversión".[35]

Para el objeto del presente ensayo, es necesario enfocarse en el derecho marcario. Como bien lo ha establecido la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual una marca es un signo que permite diferenciar los productos o ser-

33 Corte Constitucional Colombiana. *Caso Andrés Julián Estrada Otálvara c. la Ley 1101 de 2006*. Resuelto el 6 de abril de 2011. C-263/11.
34 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 27 ; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 13.
35 OMPI. ¿Qué es la Propiedad Intelectual? http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf (acceso: 19/10/2014).

vicios de una empresa de los de otra.[36]De esta forma, conforme lo ha señalado el Tribunal Andino de Justicia, los derechos de propiedad industrial, como todo derecho de propiedad, implican el poder jurídico de usar, gozar y disponer de los bienes inmateriales que constituyen su objeto.[37]

Ahora bien, la publicidad está ligada a la facultad de uso que nace del derecho de propiedad intelectual que se tiene respecto de una marca. En este sentido, al ser éste el medio idóneo del que dispone el empresario para dar a conocer su producto o servicio, es prácticamente una necesidad el usar una marca para efectos publicitarios. Es así que, la publicidad ha servido como uno de los factores para determinar la notoriedad de un signo distintivo, entendiéndose por éste último aquel signo conocido "por la mayor parte del sector pertinente del público consumidor del producto o servicio que se distinga con ella, debido a la reputación adquirida por su uso y difusión".[38]

Por lo tanto, al constituir la publicidad el medio por excelencia para llegar a los consumidores y al ser ésta uno de los elementos que sirven para que una marca sea declarada como notoria, es esencial que se permita al empresario publicitar su signo distintivo de la manera en que éste lo desee, claro está sin vulnerar otros derechos. Siguiendo esta línea de pensamiento, resulta lógico que la publicidad se produzca con base en una estrategia publicitaria en la que se analice el tipo de producto o servicio, necesidades del consumidor, entre otros factores y no se tenga que direccionar ésta al cumplimiento de restricciones desproporcionales que implican una afectación al derecho a la propiedad.

6. Conclusión y opinión personal

Como se ha demostrado en el presente ensayo, desde épocas remotas de la historia ya se emplea la publicidad como mecanismo para atraer al consumidor. Con el paso del tiempo, y a la vez que se desarrolla el comercio, este medio va cobrando relevancia, lo que apareja la necesidad de normas que establezcan límites en defensa del consumidor. Desde entonces, el desarrollo normativo publicitario siempre ha girado en torno a la protección de éste último y la realización de sus derechos. No obstante, a

36 Ibíd.
37 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial dentro del Proceso189-IP-2006.
38 Ricardo Camacho. *La Marca Notoria*. http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001560_notorias.pdf (acceso: 20/10/2014).

partir de la promulgación de la LOC, hay un cambio evidente en el fin que se pretende con la normativa. Es así que, la publicidad pasa a convertirse en el medio por el cual se pretende una política socio-económica: aumentar la producción nacional.

Para poder llevar a cabo dicha finalidad, se incorporan una serie de disposiciones, tales como la prohibición de importación de piezas publicitarias y las exigencias respecto a la producción nacional. Estas restricciones, al no estar debidamente delimitadas, generan vacíos e incertidumbres en la práctica publicitaria, lo que conlleva a que existan barreras en el desarrollo publicitario.

A su vez, estas restricciones no sólo que dejan cabos sueltos, sino que carecen de legitimación al no ser proporcionales ni idóneas con el fin que se pretende alcanzar. Es así que si el objetivo es fomentar la producción nacional, se pueden adoptar otras medidas que no atenten directamente contra libertades esenciales, como lo es la libertad de expresión y empresarial, ambas recogidas en nuestra Constitución. Cabe entonces preguntarse: ¿qué desarrollo nacional se pretende si para ello se tienen que menoscabar derechos de ciudadanos y extranjeros?, ¿ante qué clase de sociedad democrática estamos si derechos tan importantes son trasgredidos sin una justificación legítima?

Asimismo, como se analizó previamente, las restricciones adoptadas constituyen una vulneración a derechos de propiedad intelectual, pues la imposición de limites a la publicidad impiden que el dueño de una marca haga efectiva su facultad de uso. Además, al ser la publicidad el medio por excelencia para que una marca llegue a ser ampliamente conocida por los consumidores, se está irrogando un perjuicio directo al titular de la misma.

Desde mi perspectiva, el nuevo marco regulatorio de la publicidad, si bien atiende una finalidad social, no toma en cuenta la lógica de la producción publicitaria. Es así que se impide que la realización de una pieza sea el resultado de la puesta en marcha de una estrategia o metodología correcta, sino que pasa a estar determinada por las nuevas exigencias. Esto, aparte de vulnerar distintos derechos del anunciante; también limita al consumidor a recibir publicidad, pues ¿quién no ha conocido una marca extranjera gracias a su publicidad?, es más, ¿quién nunca ha disfrutado de un espacio publicitario extranjero?. Lamentablemente, con las nuevas regulaciones, se cierran estas posibilidades y el único tipo de publicidad a la cual el consumidor puede estar expuesto tiene que ser "made in ecuador", y cumplir con las exigencias requeridas.

7. Bibliografía

AEAP. *Historia de la Asociación Ecuatoriana de Agencias de Publicidad*. http://aeapecuador.com/historia.php (acceso: 14/11/2014).

Arroyo del Río, Carlos. *El futuro de la publicidad en el Ecuador*. http://www.falconipuig.com/cyberlex/el-futuro-de-la-publicidad-en-ecuador/ (acceso: 30/10/2014).

Camacho, Ricardo. *La Marca Notoria*. <http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001560_notorias.pdf>. (acceso: 20/10/2014).

Carbonell, José. *El impacto económico de la cultura en Perú*. Colombia: Convenio Andres Bello, 2005.

Castillo, Gerardo Nicola y Horacio Sevilla. "Tras la huella de la primera imprenta". La Hora. 04/03/2006.

Checa, Antonio. *Historia de la Comunicación: De la Crónica a la Disciplina Científica.* España: Gesbiblo, S. L., 2008.

Checa, Antonio. *Historia de la Publicidad*. España: Gesbiblo, S. L., 2007.

Canaval, Juan Pablo. *Manual de Propiedad Intelectual*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008, p. 56.

Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. http://www.cordicom.gob.ec/el-espiritu-de-la-ley-de-comunicacion-es-alentar-la-produccion-y-creatividad-en-la-publicidad-nacional/ (acceso: 18/10/2014).

Constitución Española. Artículo 38. 29 de diciembre de 1978.

Constitución Política de la República del Ecuador, 1998. Publicada en el Registro Oficial el 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 14. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Corte Constitucional Colombiana. Caso Jairo José Arenas Romero c. la Ley 1438 de 2011. Resuelto el 14 de marzo de 2012. C197-12.

Corte Constitucional Colombiana. Caso Andrés Julián Estrada Otálvara c. la Ley 1101 de 2006. Resuelto el 6 de abril de 2011. C-263/11.

Eguizábal, Raúl. *Historia de la Publicidad.* Madrid: Celeste Ediciones, 1998

González, Ángel y Dolores Prieto del Piño. *Manual de Publicidad.* Madrid: ESIC Editorial, 2009.

González, Pablo. *Libertad de Competencia*. 9 de diciembre de 2009. 7 de octubre de 2014 http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocomercial/2009/12/09/libertad-de-competencia (acceso: 19/10/2014).

Ley de Defensa del Consumidor. Publicada en el Registro Oficial el12 de septiembre de 1990.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículos 6, 7 y 8. Registro Oficial Suplemento No. 116 de 10 de julio de 2000.

Ley Orgánica de Comunicación. Publicada en el Registro Oficial el 25 de junio de 2013.

Navarro, Gutiérrez. Creatividad publicitaria. Madrid: ESIC Editorial, 2010.

OMPI. ¿Qué es la Propiedad Intelectual? http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf (acceso: 19/10/2014).

Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación. Publicada en el Registro Oficial el 27 de enero de 2014.

Sabogal, Luis. *Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia*. http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=emerca&page=article&op=view&path%5B%5D=2104 (acceso: 30/11/2014)

Susana Solans. *Publicidad y libertad de expresión: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. 15 de enero de 2010*. http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201012-98125456325871.html (acceso:30/10/2014).

Thomas, Jhonson. *Publicidad.* México D.F: Pearson. 2005.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial dentro del Proceso189-IP-2006.

Visca, Florencia. *Idear, planificar y ejecutar una producción.* http://www.palermo.edu/dyc/opendc/opendc2010_1/apuntes/065.pdf (acceso: 30/10/2014).

La inconstitucionalidad parcial del Decreto 1182 sobre el derecho a solicitar refugio en el Ecuador: Análisis y efectos

Daniela Ubidia Vásquez
dani.ubidia@gmail.com

Resumen

El Decreto Ejecutivo 1182, "Reglamento para aplicación en Ecuador del derecho de refugio," entró en vigencia el 30 de mayo de 2012, cambiando la normativa interna para el reconocimiento y ejercicio de la condición de refugiado en el Ecuador. Ese mismo año, la fundación Asylum Access Ecuador[1] y la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito presentaron, cada una, acciones de inconstitucionalidad del Decreto por encontrar entre sus disposiciones varias vulneraciones de derechos. La Corte Constitucional del Ecuador resolvió sobre algunos de los argumentos presentados en las acciones mediante su sentencia No. 002-14-SIN-CC de 14 de agosto de 2014, notificada a Asylum Access el 12 de septiembre de mismo año. Este artículo propone un análisis de los argumentos de ambas acciones y la respuesta de la Corte Constitucional para luego comentar sobre los avances y retos que todavía existen respecto al derecho a solicitar asilo en el Ecuador.

Palabras clave

Decreto Ejecutivo 1182, derecho de refugio, Asylum Access, derechos humanos.

1 La Fundación Asylum Access Ecuador es una entidad privada fundada en el 2007 que vela por los derechos de la población refugiada y solicitantes de asilo en el país. Asylum Access Ecuador tiene presencia en las provincias de Pichincha, Santo Domingo, Carchi, Imbabura, Esmeraldas, Guayas y Sucumbíos. Más información: http://asylumaccess.org/AsylumAccess/en-espanol/acerca-de-asylum-access-ecuador

Abstract

Executive Decree No. 1182, the "Regulation for the application in Ecuador of the right to apply for asylum" came into effect on the May 30th 2012, changing the internal regulations for the recognition of refugee status in Ecuador. That same year, both the Asylum Access Foundation and the Law Clinic of San Francisco University of Quito lodged unconstitutionality suits against the Decree because amongst its rules they found some that violated human rights. Ecuador's Constitutional Court held the unconstitutionality of these rules in Sentence No. 002-12-SIN-CC of August 14th 2014, which was notified to Asylum Access on September 12th of the same year. This article proposes and analysis of the arguments of both suits and the response of the Court to later comment on the progress and challenges that still exist regarding the human right to apply for asylum in Ecuador.

Key Words

Executive Decree No. 1182, asylum refugee, Asylum Access, human rights.

Índice

1. Introducción

El derecho a solicitar refugio está consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política del Ecuador y regulado mediante el Decreto Ejecutivo No. 1182, "Reglamento para aplicación en Ecuador del derecho de refugio"[2] (Decreto 1182 en adelante), que se encuentra vigente desde el 30 de mayo de 2012. Adicionalmente, son aplicables a la materia de refugio en Ecuador las disposiciones de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de 1951 en adelante) al igual que su Protocolo Adicional de 1967, y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984.

El Decreto Ejecutivo 1182 toma la definición de refugiado de la Convención de 1951, a saber, una persona que:

> […] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.[3]

Dicha Convención faculta a los Estados partes a regular la implementación del derecho a solicitar asilo, confiando en que éstos, respetando el principio de , van a actuar dentro de los límites de la Convención y que van a respetar los principios y normas básicas que se encuentran en la misma.

Estadísticas recientes del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador demuestran que, desde 1999 hasta febrero de 2013, al país han ingresado un total de 164.528 solicitantes de asilo de los cuales han sido reconocidos como refugiados 55.282.[4] Los altos números están formados en su mayoría por ciudadanos colombianos que escapan la difícil situación en la que se encuentra el país vecino. El número más

2 Decreto Ejecutivo 1182. Artículo 33. *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio*. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.
3 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Artículo 1.
4 Ministerio de Relaciones Exteriores. Estadísticas Refugiados. En: http://cancilleria.gob.ec/estadisticas-refugiados/ consultado el 16 de noviembre de 2014.

alto de refugiados reconocidos se dio en el 2009, respondiendo al proceso de "registro ampliado" en el cual el Ecuador, con la ayuda del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR en adelante), realizaron brigadas de reconocimiento de la condición de refugiado en la frontera norte, llegando al número de 25.049 personas en ese año. Para el año 2013 solo están disponibles los datos para enero y febrero. Sin embargo, de las documentadas 1.838 solicitudes recibidas en esos dos meses, solo 48 fueron aceptadas.[5] Estos datos confirman al Ecuador como uno de los países de la región que más solicitudes de asilo recibe al año.

2. Antecedentes procesales a las acciones de inconstitucionalidad

El Decreto 1182 contiene las normas básicas para la aplicación de la protección internacional que la condición de refugiado conlleva, el proceso de solicitud y reconocimiento formal por parte del Estado ecuatoriano, las cláusulas de exclusión de esta condición, las normas de impugnación y los derechos y obligaciones tanto del solicitante de asilo como del refugiado reconocido. A raíz de su promulgación, en el 2012, dos acciones de inconstitucionalidad fueron presentadas ante la Corte Constitucional del Ecuador; una fue preparada por la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito mientras que la otra fue presentada por Asylum Access Ecuador. Las dos acciones fueron admitidas a trámite el 6 de marzo de 2013 y el 30 de octubre de ese mismo año fueron acumuladas. Las acciones fueron presentadas por la Coalición por las Migraciones y el Refugio, y la facultad de jurisprudencia Cardozo de la Universidad de Yeshiva de Estados Unidos.

El 11 y 12 de julio de 2013 la Corte Constitucional recibió las respuestas de la Procuraduría General del Estado y de la Presidencia de la República, respectivamente, en la cuales se descalificaban varios de los argumentos presentados en las acciones de inconstitucionalidad. Estas contestaciones no fueron notificadas a los accionantes, quienes no pudieron presentar argumentos en contra de las mismas y ejercer su derecho de contradicción. Además, la Corte Constitucional no consideró necesario que se de una audiencia antes de emitir su decisión, esto a pesar de que el artículo 87 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional[6] y los artículos

5 *Id*.
6 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 87. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

22 y 61 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional[7] determinan que la Corte tiene la facultad para convocar a una audiencia. Finalmente, el 12 de septiembre de 2014 la Corte Constitucional notificó de la sentencia sobre las acciones acumuladas a Asylum Access. Hasta la fecha de publicación este artículo, la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco no ha sido notificada.

En este artículo se presentarán los argumentos de las acciones de inconstitucionalidad con respecto a la vulneración de varios derechos que deben ser garantizados en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado al igual que la respuesta de la Corte Constitucional a los mismos. También se señalarán los avances alcanzados a partir de la sentencia de la Corte Constitucional y los desafíos que todavía existen al no haber sido resueltos por la Corte.

3. Argumentos de las acciones de inconstitucionalidad presentadas

3.1 El principio de reserva de ley y el principio de legalidad

El refugio es un derecho humano reconocido tanto en la normativa internacional como nacional. A nivel internacional, se reconoce en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados[8] y su Protocolo Adicional de 1967, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. A nivel nacional, se reconoce en los artículos 40 y, más específicamente, 41 de la Constitución ecuatoriana. Precisamente el artículo 41 de la Carta Magna señala:

> Art 41.- Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia.[…][9]

7 Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Artículos 22 y 61. Registro Oficial Suplemento No. 107 de 10 de febrero de 2010.
8 El Ecuador ratificó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados el 17 de Agosto de 1955. Ver:https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=V~2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en Consultado el 15 de octubre de 2014.
9 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 41. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Dentro del mismo artículo de la Constitución se menciona que el derecho a solicitar asilo se regulará mediante ley pero el Ecuador tradicionalmente ha ignorado este precepto[10] y ha regulado este derecho mediante la expedición de Decretos Ejecutivos. La acción de inconstitucionalidad presentada por la Universidad San Francisco de Quito argumentaba que este hecho vulnera el principio de reserva de ley y el principio de legalidad.

El principio de reserva de ley se encuentra consagrado en el artículo 133 de la Constitución, el mismo que prescribe que las leyes orgánicas serán las que regulen el ejercicio de derechos y garantías constitucionales.[11] Además, este principio está contemplado en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinando que las restricciones al ejercicio de los derechos y libertades que se reconocen en la misma sólo pueden ser limitadas conforme a una ley.[12] La Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo ha determinado en su Opinión Consultiva No. 6 en la que se determina específicamente que el vocablo "ley" es la:

> […] norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.[13]

El Decreto Ejecutivo 1182 regula el derecho al refugio a pesar de ser un acto normativo de menor jerarquía que una ley orgánica. Al respecto, la acción de inconstitucionalidad presentada por la Universidad San Francisco concluye que:

10 El Ecuador ha regulado la materia de refugio mediante Decreto Ejecutivo desde el comienzo de la aplicación de este tema en la normativa interna. De esta manera, el primer instrumento fue el Decreto Ejecutivo No. 3293. *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su protocolo de 1967* publicado en el Registro Oficial No. n/d de 30 de septiembre de 1987, el cual fue seguido por el Decreto Ejecutivo 3301. *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967*, publicado en el Registro Oficial No. 933 del 12 de mayo de 1992 Este último fue reformado por el Decreto Ejecutivo 1635. *Reforma Decreto Ejecutivo 3301, Registro Oficial 933, 12 de Mayo de 1992 que contiene el Reglamento para la aplicación en el Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados y en su Protocolo de 1957*. Registro Oficial No. 565 de 7 de abril de 2009 y el *Acuerdo Ministerial 000003* del Ministerio de Relaciones Exteriores, Integración y Comercio publicado en el Registro Oficial No. n/d de 11 de enero de 2011.

11 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 133. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008

12 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) Artículo 30.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva No. 6. (1986)..

> […] para regular los derechos y garantías básicas de personas que buscan refugio o asilo en el Ecuador, y aquellas que ya han obtenido refugio, debe hacerse a través de ley orgánica, y no a través de un Decreto Ejecutivo, como actualmente se encuentra regulado en el Ecuador, por lo tanto con esto se vicia de inconstitucionalidad al decreto.[14]

Es importante que la regulación de derechos se de mediante ley ya que su proceso de entrada en vigencia representa una garantía para los ciudadanos: permite y asegura el debate, y la garantía de la correcta regulación del ejercicio y límite de los derechos. Por otro lado, el uso de un Decreto Ejecutivo para la regulación de derechos no presenta este tipo de garantías ya que es redactado, firmado y puesto en vigencia solamente por el Poder Ejecutivo.

Con respecto al principio de legalidad, éste determina que la competencia de los órganos y autoridades públicas debe nacer de la ley—término que se debe considerar dentro del marco de la Opinión Consultiva de la Corte IDH previamente citada—y no de un Decreto Ejecutivo como es el caso del Decreto 1182.[15] Las autoridades que revisan las solicitudes de refugio y consecuentemente las niegan o aceptan no gozan con la garantía del principio de legalidad y por ende lo vulneran por no haber recibido su competencia para hacerlo mediante una ley.

Como respuesta a estos argumentos, la Corte Constitucional establece que, de acuerdo al artículo 147 de la Constitución, el Presidente de la República tiene como deber y atribución: "[…] Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración."[16] El caso del Decreto Ejecutivo 1182 no responde ni a la aplicación de las leyes, no hay una ley previa que requiera de regulación mediante decreto ejecutivo, ni tampoco a la "buena marcha de la administración" debido a que se regula el ejercicio de un derecho y no la mera aplicación de cómo se debe llevar a cabo un procedimiento ya descrito en otro instrumento legal. La Corte luego concuerda con la protección que otorga el principio de reserva de ley con respecto a la regulación de derechos constitucionales, pero determina que:

---

14 Clínica Jurídica USFQ. *Acción de Inconstitucionalidad Decreto 1182* (2012), p. 14.
15 *Id*. p. 14.
16 Constitución de la República del Ecuador. Artículo147. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

> No obstante, eso no significa que todos los derechos constitucionales deban ser desarrollados por el legislador mediante una ley orgánica, en razón que tal afirmación comportaría desconocer el hecho de que todas las leyes sin excepción alguna regulan en distintos grados el ejercicio de los derechos constitucionales.[17]

A pesar de que la Corte señala un argumento válido, sigue omitiendo el hecho de que el Decreto Ejecutivo no es una ley y no tiene la jerarquía normativa ni cuenta con las garantías constitucionales de una. El análisis de la Corte no solo equipara a un Decreto Ejecutivo con una ley sino que se realiza en detrimento de las garantías consagradas en la Constitución para la regulación de derechos debido a que acepta en su argumentación genérica la no necesidad de promulgar una ley para regular derechos. La Corte luego culmina con la declaración de constitucionalidad de la regulación del derecho a solicitar refugio mediante Decreto Ejecutivo apoyándose en la existencia de la Ley de Extranjería:

> Desde esta perspectiva, es evidente que bajo el marco de protección constitucional e internacional descrito, la norma jurídica acusada de inconstitucional no regula de forma general el contenido y alcance del derecho al refugio, sino que coadyuva a asegurar su pleno ejercicio sin que tal situación vulnere el principio de reserva de ley, al establecer requisitos básicos para la configuración de la condición de refugiada o refugiado, complementando de tal forma la regulación que corresponde a la Ley de Extranjería en relación a la situación de los extranjeros residentes en el Ecuador.[18]

Cabe recalcar que la Ley de Extranjería guarda silencio respecto al refugio, aludiendo de manera general en su artículo 12 que se considerará no inmigrante a: "IV. Personas desplazadas como consecuencia de guerras o de persecuciones políticas en su país de origen, para proteger su vida o libertad, y sus familiares más cercanos."[19] Por lo tanto, el análisis de la Corte Constitucional trata de ignorar el hecho de que no existe una ley que regule el derecho a solicitar refugio ya que la mera mención a una categoría migratoria en la Ley de Extranjería no cumple con los requisitos necesarios de regular derechos mediante ley vulnerándose así el principio de reserva de ley. Además, el principio de legalidad

17 Corte Constitucional. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC*. n/d p. 42-43.
18 *Id*. p. 45.
19 Ley de Extranjería. Artículo 12. Registro Oficial 454 de 4 de noviembre de 2004.

tampoco se satisface con la explicación de la Corte ya que ésta no menciona en ningún punto la atribución de competencia a autoridades mediante Decreto y no mediante ley, como se debería haber realizado.

En conclusión, el análisis de la Corte sobre este punto falla en presentar argumentos jurídicos válidos para justificar la regulación del derecho a solicitar asilo con el instrumento normativo de Decreto Ejecutivo. El precedente que se establece con la sentencia sobre estos puntos es desolador: primero, la Corte Constitucional presenta argumentos para regular derechos mediante Decreto Ejecutivo y declara esta actuación como constitucional, argumento que podría ser utilizado en futuras ocasiones para regular otros derechos constitucionales mediante acto normativo distinto a ley. Segundo, la Corte determina que el derecho de solicitar asilo no requiere estar regulado por ley, lo cual le da al Estado la posibilidad de seguir regulando este derecho humano fundamental con instrumentos jerárquicamente inferiores a una ley, contraviniendo con los principios de derecho y estándares internacionales.

3.2 Los plazos para solicitar refugio y presentar recursos de impugnación frente a la Administración Pública

Una persona que huye de su Estado de residencia o territorio por razones de temor fundado y persecución por su raza, nacionalidad, grupo social determinado, religión u opinión política puede entrar al territorio de otro Estado y solicitar refugio. En el Ecuador, esto se lleva a cabo al acercarse a una de las autoridades detalladas en el Decreto 1182[20] y presentar una solicitud formal de reconocimiento de la condición de refugiado. Una vez realizada la solicitud se lleva a cabo un procedimiento administrativo que tiene como fin el determinar si se reconoce o no la condición. Debido a que es un procedimiento administrativo, debería estar regulado por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) y los individuos afectados por las resoluciones tomadas deben tener el derecho de presentar recursos de impugnación tanto en sede administrativa como en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

20 El artículo 27 del Decreto Ejecutivo 1182 determina que las solicitudes de refugio se pueden presentar frente al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, las autoridades competentes del Ministerio del Interior al igual que a la Policía y las Fuerzas Armadas donde no haya oficinas del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

En el Decreto 1182 se identificaron dos problemas con respecto a los plazos. Primero, el plazo contenido en el artículo 27 que determina que las solicitudes de refugio deben ser presentadas dentro de los 15 días de llegada al país. Segundo, el Decreto establecía un plazo de tres días para impugnar la resolución de inadmisión (por solicitud manifiestamente infundada, abusiva o por haber sido presentada fuera de los 15 días) y cinco días para impugnar una resolución negativa estando dentro de la fase de elegibilidad (cuando la solicitud ha sido receptada y se ha determinado la negativa por los méritos de la misma).

El primero de estos problemas, la inadmisión mecánica de la solicitud por no haber estado dentro del plazo de los 15 días, vulnera varios derechos. Primero, como es notado en las dos acciones de inconstitucionalidad, la inadmisión a trámite crea una categoría de "solicitante de solicitante"[21] o de "solicitante de solicitud de refugio,"[22] categoría no existente en el derecho internacional de refugio y que viola las disposiciones de los Artículos 31 y 33 de la Convención de 1951.[23] Además, el ser inadmitido formalmente a trámite precluye a los "solicitantes de la solicitud" de gozar de los derechos que se le reconocen bajo la categoría de solicitante de refugio, acceder a un trabajo estable en relación de dependencia o de manera independiente con todos los beneficios de ley, circular libremente por el territorio ecuatoriano sin ser detenido ni deportado, acceder a servicios básicos, etc., dejando a la persona que fue inadmitida en estado migratorio irregular aun cuando se encuentre en etapas de reposición y apelación, es decir, todavía impugnando la negativa a su solicitud de asilo. Adicionalmente, esta decisión de no admitir a trámite la solicitud que se encuentra fuera de los 15 días puede ser tomada por la Dirección de Refugio sin necesidad de enviarla a la "autoridad competente", la Comisión para la Determinación de la Condición de Refugiado/a del Ecuador como lo prescribe el artículo 33 del Decreto Ejecutivo 1182.

El segundo problema es la misma existencia de un plazo fatal que está en contra de la protección internacional que se da a los refugiados. ACNUR ha determinado que pueden existir plazos, pero que deben ser flexibles y

21 Asylum Access Ecuador. *Acción de Inconstitucionalidad del Decreto 1182* (2012) p. 61, sección VI.5.

22 Clínica Jurídica USFQ. *Acción de Inconstitucionalidad Decreto 1182* (2012), Pág. 22.

23 El artículo 31 de la Convención se refiere a la no imposición de sanciones legales por encontrarse dentro del territorio de manera ilegal, mientras que el artículo 33 trata sobre el principio de no devolución.

que siempre se debe contar con las salvaguardas del debido proceso.[24] El hecho de que el plazo no sea flexible y que vulnere el debido proceso en la manera en la que se expresa el Decreto 1182 lo convierten en un obstáculo imperdonable para los refugiados que buscan el reconocimiento de su condición. Relacionado a esto, la inexistencia de una entrevista en los casos en los que la inadmisión se dé por el plazo de los 15 días es una vulneración al debido proceso, a saber, el artículo 76, numeral 7 de la Constitución que prescribe: "7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones."[25] Tanto esta como las demás garantías del debido proceso deben respetarse tanto en procesos judiciales como administrativos según lo reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[26] y el mismo Estado ecuatoriano.[27]

Además, como nota la acción de inconstitucionalidad de la Universidad San Francisco, el plazo de los 15 días para solicitar refugio no da paso a la posibilidad de que se reconozcan a refugiados .[28] Un refugiado es una persona que ha salido de su país de origen por cualquier razón y que en el tiempo en el cual se encuentra fuera pueden configurarse los elementos de temor fundado y persecución por una de las razones que expone la Convención. Esto ocasiona que su retorno sea imposible ya que de hacerlo su vida estaría en peligro. Si esto sucede fuera de los 15 días, el refugiado será inadmitido por razón del paso del tiempo.

La determinación de inadmitir a trámite una solicitud por el plazo de los 15 días se toma sin las garantías del debido proceso. Una persona que se haya presentado a las autoridades con su solicitud fuera de plazo no tiene derecho ni siquiera a que se realice una entrevista mediante la cual se revisen los méritos de su caso. La Corte IDH se pronunció sobre el debido

24 ACNUR, Consultas Globales sobre Protección Internacional, *Procesos de Asilo (Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes)*, EC/GC/01/12 de 31 de mayo de 2001, párr. 19.

25 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76, numeral 7, inciso c). Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

26 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafo 124.

27 Corte Constitucional. *Desecha Acción Extraordinaria de Protección de Candidato*. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 602 de 01 de junio de 2009. P. 6. Ver también, Corte Constitucional. *Niega Acción de Protección por Excepciones de Coactivas*. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 724 de 14 de junio de 2012.

28 ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1992, p.21, párr. 95 y 96. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf?view=1

proceso en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado en su sentencia Pacheco Tineo v. Bolivia que fue emitida después de haber sido presentadas las acciones de inconstitucionalidad, el 25 de noviembre del 2013. En dicha sentencia se corrobora lo expuesto por las demandas: los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado deben tener las garantías del debido proceso.[29]

Relacionado a la vulneración de las garantías del debido proceso se encuentra también la existencia de las categorías de solicitudes manifiestamente infundadas, abusivas o legítimas en el Decreto 1182. La Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 no mencionan en ningún momento las categorías antes descritas y tampoco se encuentran dentro de las cláusulas de exclusión del Artículo 1 (F) de la Convención.[30] Además:

> El Decreto Ejecutivo pretende hacer calificaciones respecto a las solicitudes presentadas. No se entiende si estas calificaciones deben ser hechas como respuesta en el primer examen de admisibilidad o en el segundo. […] Siguiendo las reglas de la lógica y entendiendo lo determinado en los artículos señalados, cómo se pretende calificar a una solicitud de refugio como infundada, ilegítima o abusiva sin siquiera determinar en ninguna parte del Decreto Ejecutivo el contenido o elementos que deberá contener la solicitud.[31]

Con respecto a los plazos de impugnación, el Decreto 1182 prescribe un plazo de 3 días para impugnar las decisiones de inadmisión por ser "manifiestamente infundadas" o "abusivas" mientras que la solicitud que se considere "ilegítima" no podrá ser impugnada[32], y un plazo de 5 días para las solicitudes admitidas a trámite pero negadas en etapa de elegibilidad.[33]

---

29 Corte IDH. *Pacheco Tineo v. Bolivia*. Sentencia del 25, 2013. Series C No. 272. *Ver en general* la sección B.2 en la cual la Corte IDH realiza un extensivo análisis de la aplicación del debido proceso a el procedimiento de la identificación, análisis y negación o reconocimiento de la condición de refugiado.

30 Las cláusulas de exclusión del artículo 1(F) de la Convención de 1951 determinan las razones taxtivas por las cuales una persona no puede ser reconocida como refugiado, a saber: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

31 Clínica Jurídica USFQ. *Acción de Inconstitucionalidad Decreto 1182* (2012), Pág. 30.

32 Decreto Ejecutivo 1182. Artículo 33. *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio*. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

33 I*d*. Artículo 48.

El ERJAFE establece que el plazo para la presentación de recursos en sede administrativa de reposición[34] y de apelación[35] es de 15 días. El resultado de disminuir los plazos a los que pueden acceder los solicitantes de refugio y refugiados es una coartación injustificada a su derecho de acceder a la tutela judicial efectiva[36], a tener el tiempo y los medios para preparar su defensa[37], garantías que deben estar presentes en los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado de acuerdo a lo expuesto por la Corte IDH en la ya mencionada sentencia Pacheco Tineo v. Bolivia.[38] Asylum Access sobre este punto manifiesta en su acción de inconstitucionalidad que:

> Recordando lo determinado por el ACNUR y lo que establece la jurisprudencia tanto nacional como internacional, este plazo, al igual que el anterior, resultan en una violación al derecho a acceder a un recurso verdaderamente efectivo para exponer el caso de refugio de los solicitantes y acceder a la revisión de las decisiones de la Administración Pública. No se le permite ni siquiera suficiente tiempo al solicitante para reunir pruebas, acceder al expediente en la Dirección de Refugio cual constataría el procedimiento que se le dio a su solicitud.[39]

La Corte Constitucional no se refirió a todos los argumentos presentados sobre estos temas puesto que solo se pronunció sobre el plazo de los 15 días para solicitar refugio y los plazos para la impugnación de las decisiones. Para resolver estos temas, la Corte Constitucional utilizó el principio de igualdad, tomando en cuenta la noción de igualdad formal y la igualdad material, notando que las acciones de inconstitucionalidad presentadas se concentran en evidenciar la desigualdad formal a la que se les sujeta a los solicitantes de refugio y refugiados.[40] Este análisis, aunque resulta en la declaración de inconstitucionalidad de los plazos sobre los que va esta sección, evita la muy importante discusión sobre las varias vulneraciones al debido proceso que fueron notados en las acciones.

34 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Artículos 174 y 175. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.
35 *Id*. Artículos 176 y 177.
36 Derecho reconocido en el Artículo 75 de la Constitución y en el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
37 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76, numeral 7, inciso b). Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
38 Ver *supra* nota 28.
39 Asylum Access Ecuador. *Acción de Inconstitucionalidad del Decreto 1182* (2012) p. 52, párr. 126.
40 Corte Constitucional. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC*. n/d. p. 46

En relación al plazo de 15 días para solicitar refugio la Corte reconoce la discriminación injustificada que establece un período mínimo de 15 días para solicitar basándose en las circunstancias imperantes que obligan a una persona a huir de su país y solicitar refugio:

> En estas circunstancias, conminar a una persona que está sometida al padecimiento de sentimientos de desarraigo y reconstrucción en territorio ajeno, al cumplimiento de un breve espacio de tiempo para la presentación de una solicitud de refugio con la amenaza de perder el derecho si no cumpliere con dicho plazo, deriva inevitablemente en la agudización de la difícil situación que representa el desplazamiento forzoso.[41]

Con este fundamento, la Corte aumenta el plazo de solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado a tres meses, basándose en el numeral 9 del Artículo 12 de la Ley de Extranjería que concede tres meses de permanencia a los visitantes temporales con fines lícitos[42] aludiendo que las personas refugiadas deberían tener al menos el mismo trato que el resto de extranjeros que ingresan al Ecuador con fines lícitos. Sin embargo, el establecimiento de plazos, sean cortos o largos, para presentar una solicitud de refugio no es la solución que se debería haber propuesto: la respuesta, acorde con el derecho internacional de refugio es que no exista un límite temporal a la presentación de la solicitud y, si lo hay, el plazo de ninguna manera puede ser fatal.

Con respecto a los plazos para la impugnación (3 y 5 días en contraste con los 15 días que establece el ERJAFE para procedimientos administrativos similares) la Corte determina que:

> Una vez que se ha advertido la misma finalidad de protección en los recursos de impugnación que se analizan, no se observa por cuenta de qué los plazos para la interposición de los mismos en el procedimiento para la determinación de la condición de refugiada o refugiado resultan menores de aquellos que contiene el ERJAFE y que corresponden al procedimiento administrativo común […].[43]"

41 *Ibíd*.
42 *Ibíd*.
43 Corte Constitucional. Sentencia No. 002-14-SIN-CC. n/d. p.49.

La Corte se refiere al plazo de 3 días como "efectivamente menor" y con respecto al de 5 días determina que "resulta breve en comparación con su símil contenido". La Corte concluye que esta diferencia deviene en discriminación[44] y resuelve su equiparación con los plazos del ERJAFE.

El análisis realizado por la Corte Constitucional es correcto en tanto reconoce que los plazos no están justificados y devienen en discriminación. Sin embargo, la imposición del nuevo plazo de tres meses sigue precluyendo a todos los refugiados, incluyendo a los de ejercer su derecho a solicitar asilo. Esta situación se agrava aún más debido a que la Corte decidió no examinar la misma existencia de la etapa de admisibilidad que, con sus violaciones claras al debido proceso, como la posibilidad de negar una solicitud solamente por estar fuera del plazo sin conceder una entrevista, asegura que un refugiado ni siquiera tenga la oportunidad de presentar su caso después de los tres meses.

3.3 La omisión de incluir la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984

La Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 son los instrumentos internacionales principales con respecto a la cuestión del refugio. Sin embargo, en 1984 varios países de América Latina—incluyendo al Ecuador—se reunieron y acordaron en la Declaración de Cartagena, un instrumento regional que respondía a la siempre cambiante situación de los refugiados en la región, una definición ampliada del concepto de refugiado, a saber:

> […] considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.[45]

Esta definición se conoce como "ampliada" debido a que contempla situaciones que se concentran en elementos diferentes que los principales para la Convención de 1951 como el dar mayor peso al considerar las solicitudes de refugio el contexto violento que promulga la huida y no

44 *Id*. p. 50.
45 Declaración de Cartagena de Indias (1984), Artículo 3.

necesariamente la existencia de una persecución individualizada. El Ecuador ha reconocido e incluido en su ordenamiento jurídico interno a la definición de la Declaración de Cartagena desde 1987.[46] El Decreto 1182, no obstante, omitió el uso de la definición regional, lo cual, según se expone en las acciones de inconstitucionalidad, resulta en la vulneración de varios derechos. Primero, el eliminar inexplicablemente la definición vulnera los principios de no regresividad y progresividad contenido en la Constitución:

> La omisión por parte del Decreto 1182 de la Declaración de Cartagena, es un retroceso en una práctica nacional vigente por un cuarto de siglo. Por tanto, conlleva una vulneración de los principios constitucionales de la progresividad y la no regresividad consignados en el Artículo 12 [de la Constitución] -artículos que forman el núcleo de la teoría en derechos humanos del Ecuador. Esta omisión constituye un retroceso extremadamente grave en el derecho de refugio y el derecho internacional.[47]

Segundo, la acción de inconstitucionalidad presentada por Asylum Access argumenta que la Declaración de Cartagena ha alcanzado el nivel de derecho consuetudinario regional. Para que se adquiera la condición de derecho internacional consuetudinario, se debe contar con la práctica reiterada y uniforme de los sujetos de derecho internacional además de la convicción por parte de los mismos de que la práctica es jurídica y coherente.[48] De esta manera, la Declaración de Cartagena, a pesar de no haber sido firmada y ratificada como la Convención de 1951 y su Protocolo, tiene de igual manera fuerza vinculante[49] y resulta inconstitucional la omisión de su aplicación en el Decreto 1182.

---

46 El Decreto Ejecutivo Decreto Ejecutivo No. 3293. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su protocolo de 1967, publicado en el Registro Oficial No. n/d de 30 de septiembre de 1987 en su Artículo 15 contenía tanto la definición de la Convención de 1951 como la expuesta en la Declaración de Cartagena.

47 Asylum Access Ecuador. *Acción de Inconstitucionalidad del Decreto 1182* (2012) p. 26, párr. 55.

48 Asylum Access Ecuador. Acción de Inconstitucionalidad del Decreto 1182 (2012) p.20, párr. 40. Ver también Manuel Diez de Velasco. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Decimoquinta Edición, Editorial Tecnos. 2003, p. 130

49 Namihas, Sandra. *Derecho Internacional de los Refugiados*. Fondo Editorial de la Ponfiticia Universidad Católica del Perú. Lima: 2001. P. 213, "Siendo considerada una fuente de derecho atípica, espontánea y cristalizada, la Declaración de Cartagena de 1984 puede tener un efecto de obligatoriedad vis-a-vis para los Estados que la han reconocido de manera unilateral, o actuando de tal forma que han reconocido su naturaleza normativa. Consecuentemente, los Estados que no han incorporado la definición de "refugiado" como lo define la Declaración de Cartagena de 1984, dentro de sus legislaciones, pero que, sin embargo, la aplican en la práctica, se encuentran obligados por la misma, al tratarse de una regla vigente del derecho internacional consuetudinario".

Con respecto estos argumentos, la Corte Constitucional reconoce la naturaleza no vinculante de la misma, pero al mismo tiempo reconoce que dicha Declaración responde a un fortalecimiento de la protección a los refugiados y, aplicando el artículo 11 numeral 3 de la Constitución y el principio pro persona determina que:

> […] la Declaración de Cartagena constituye un instrumento internacional de derechos humanos y la ampliación de la definición de refugiado […] corresponde a una proposición más favorable al contenido y ejercicio del derecho humano al refugio, el Artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 1182 debió considerar tal definición […][50].

Por lo tanto, la Corte modifica el ya mencionado Artículo 8 del Decreto 1182 y aumenta la definición contenida en la Declaración de Cartagena. Esto argumentos por parte de la Corte corrigen la inconstitucionalidad señalada por las acciones debido a que reconoce la importancia de la Declaración de Cartagena como instrumento internacional de derechos humanos que se debe aplicar con respecto al refugio en el Ecuador. Sin embargo, no la reconoce como norma de derecho consuetudinario.

*3.4 Vulneración del principio de no devolución (**non refoulement**)*

Uno de los pilares del derecho internacional de refugio es el principio de no devolución o que se encuentra consagrado en el Artículo 33 de la Convención de 1951:

> Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas[51].

Este principio, que es una norma de se debe aplicar por igual a los refugiados reconocidos formalmente por el Estado y a los que no han sido reconocidos. Esto debido a que la condición de refugiado se constituye en el momento en el que se configuran los elementos de la definición pertinente,

50 Asylum Access Ecuador. *Acción de Inconstitucionalidad del Decreto 1182* (2012) p. 53.
51 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Artículo 33.

y no con el reconocimiento formal del Estado al que se le solicita asilo. El reconocimiento formal es declarativo y no constitutivo.[52] El principio de no devolución es imperante para la protección internacional que se da a los refugiados. Sin la prohibición de devolver al lugar donde la persona corre peligro, se estaría contraviniendo el núcleo mismo de la protección que se brinda.

Por lo tanto, se impugna como inconstitucional el artículo 9 del Decreto 1182 que en su parte relevante dice:

> […] sobre devolución, expulsión o extradición, la disposición precedente no se aplicará para el/la refugiado/a o solicitante de refugio que sea considerado por razones debidamente fundamentadas como un peligro para la seguridad del país o el orden público, o que habiendo recibido condena definitiva por un delito particularmente grave constituya una amenaza para la comunidad ecuatoriana.[53]

Como se señala en la acción de inconstitucionalidad presentada por la Clínica Jurídica de la USFQ, el ser "un peligro para la seguridad del país o el orden público" o el "constituir una amenaza para la comunidad ecuatoriana" no son cláusulas de exclusión, las cuales son de naturaleza taxativa en el ya mencionado Artículo 1 (F) de la Convención de 1951.[54]

Además, el artículo 50 del Decreto 1182 permite explícitamente la deportación de una persona que haya presentado un recurso extraordinario de revisión en sede administrativa. Eso sucede a pesar de que su solicitud siga siendo revisada por la administración pública y que se corra el riesgo de violar el principio de no devolución sin haberse llegado a una decisión final sobre la condición de refugiado de la persona que interpuso dicho recurso:

> A pesar de que el Capítulo II del Decreto 1182 reconoce expresamente el principio de no devolución, el Artículo 30 del Decreto 1182 contempla que los refugiados, aun cuando tienen

52 ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, 1992.
53 Decreto Ejecutivo 1182. *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio*. Artículo 9. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.
54 Clínica Jurídica USFQ. *Acción de Inconstitucionalidad Decreto 1182* (2012). Pág. 38.

> un recurso administrativo pendiente, pueden ser deportados por las autoridades. El refugiado en esta instancia todavía es un refugiado. Sin embargo, los Artículos 50 y 51, estarían permitiendo la posibilidad de aquellas personas que, aceptada la pretensión del recurso de revisión extraordinaria, y finalmente declarada en situación de refugio, fuesen deportados en clara violación del principio de no devolución.[55]

En relación al artículo 9 del Decreto 1182 que añade una causal adicional que no existe en la Convención de 1951 en su Artículo 1 (F), la Corte considera que no existe vulneración al principio de no devolución ya que la misma Convención de 1951 determina en su artículo 33 la posibilidad de la expulsión de una persona que ha sido condenada por un delito particularmente grave y que constituya una amenaza para la comunidad.[56] Esto representa una confusión sobre el contenido del término "delito particularmente grave" y sobre la temporalidad de la que habla el articulado puesto que el cometimiento del delito, para la Convención de 1951, pero no bajo el criterio de la Corte Constitucional, debe ser previo a la entrada al territorio.

Finalmente, la Corte se pronuncia sobre la posibilidad de deportación a pesar de haberse presentado un recurso extraordinario de revisión que consta en el artículo 50 del Decreto 1182. Determina que en el caso de refugio, el recurso extraordinario de revisión debe tener efectos suspensivos debido al peligro que corre el accionante de ser devuelto a su país de origen de concluirse la necesidad de modificarse la decisión de la administración pública.[57] De acuerdo a su análisis, la Corte procede a ordenar la eliminación del inciso segundo del artículo 50 en el cual se refería explícitamente a la posibilidad de deportación, pero no plasma en la norma el efecto suspensivo del recurso extraordinario de revisión en estos casos. Aunque el análisis en la sentencia haya sido un avance para la protección internacional, el dejarlo fuera de la norma lo hace inoperante ya que en el derecho público la administración pública solamente puede hacer lo que se le permite en las normas, dejando al artículo 50 del Decreto 1182 incompleto con respecto al análisis realizado para evitar la deportación mientras que esté pendiente un recurso extraordinario de revisión.

---

55 Asylum Access Ecuador. *Acción de Inconstitucionalidad del Decreto 1182* (2012). p. 16 párr. 28.
56 *Id*. p. 56.
57 *Id*. p. 63.

3.5 Otros temas relevantes de las acciones de inconstitucionalidad: La no discriminación, el ejercicio de los derechos políticos de los refugiados, posición frente a la comisión de delitos en el país de origen y en el país de asilo y la "extinción" de la condición de refugiado.

El Decreto 1182 contiene normas que son discriminatorias ya que lesionan el ejercicio de los derechos humanos de los solicitantes de refugio y los refugiados.[58] Esto se observa en el resultado de vulneración del debido proceso por la aplicación de varias normas del Decreto 1182, a saber, las ya mencionadas inadmisiones sin ser escuchados por la administración pública, los plazos extremadamente cortos para presentar apelaciones, la deportación a pesar de haberse presentado el recurso extraordinario de revisión y la creación de la categoría de "solicitante de solicitante" mediante el procedimiento de inadmisión.[59]

El artículo 424 de la Constitución la consagra como la norma suprema, sin embargo, de existir tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables, estos últimos prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.[60] Lo anterior también se colige del artículo 10 del mismo cuerpo normativo, en el cual se conforma el principio , reconociendo la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la aplicación amplia con respecto a la protección de derechos y la aplicación restrictiva con respecto al establecimiento de límites al ejercicio de derechos.[61] Asimismo, el artículo 425 establece la jerarquía normativa del Estado ecuatoriano, ubicando a la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos más favorables al reconocimiento y ejercicio de los derechos por sobre las leyes orgánicas, las leyes ordinarias y los decretos.[62]

De esta manera, la aplicación del Decreto 1182 con sus restricciones al derecho de solicitar refugio sería de ya que existen normas de mayor jerarquía y más favorables. Con respecto a lo anterior, el artículo 11

58 Asylum Access Ecuador. Acción de Inconstitucionalidad del Decreto 1182 (2012). p. 56. párr. 141.
59 *Id*. pp. 53-68 párr. 129-172.
60 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
61 *Id*. Artículo 10.
62 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 425. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

numeral 3 de la Constitución establece que la aplicación de dichas normas constitucionales o internacionales debe ser inmediata y sin necesidad de mediación normativa o de orden superior, ordenando a los servidores y servidoras públicas su aplicación de oficio o a petición de parte.[63]

Con respecto al ejercicio de los derechos políticos de los refugiados, el Artículo 3 del Decreto 1182 prescribe:

> […] Las personas refugiadas admitidos en el Ecuador se comprometen a respetar la Constitución y las leyes del Ecuador y a no intervenir en asuntos políticos internos ni en aquellos que comprometan la seguridad nacional o los intereses internos y/o externos con su país de origen.[64]

Esta restricción es una clara vulneración del ejercicio de los derechos políticos de las personas refugiadas, en contravención flagrante del artículo 9 de la Constitución del Ecuador en la cual se les reconoce a los extranjeros los mismos derechos y deberes que los ecuatorianos, sin dar ninguna razón contundente para evitar que los refugiados—que son extranjeros—no pueden disfrutar de los mismos derechos que el resto de extranjeros o que los ecuatorianos.

El Decreto 1182 también propone otra restricción: los refugiados reconocidos que quieran salir del Ecuador deberán pedir permiso a la autoridad competente, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, para poder hacerlo.[65] La Convención de 1951 contempla la posibilidad de que la condición de refugiado cese por retorno voluntario de la persona a su país de origen.[66] Sin embargo, un retorno sin la intención de establecerse no es necesariamente causal para que se aplique la cesación.[67] En este sentido, los refugiados tienen derecho a salir del territorio de refugio y volver a su país de origen en todo momento, sin que esto implique cesación, extinción o revocatoria de su estatus de refugiados.[68]

63 *Id*. Artículo 11, numeral 3.
64 Decreto Ejecutivo 1182. *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio*. Artículo 3. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.
65 *Id*. Artículo 52.
66 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Artículo 1 (C).
67 ACNUR. *Las Cláusulas de Cesación: Directrices para su Aplicación*. 26 de abril de 1999. P. 5, párr. 19.
68 Clínica Jurídica USFQ. *Acción de Inconstitucionalidad Decreto 1182* (2012). Pág. 49.

Con respecto a los delitos cometidos tanto en el país de origen como en el país de asilo, el Decreto 1182 contiene normas que no están de acuerdo con las normas de que han sido desarrolladas sobre el tema.[69] El artículo 10 del Decreto 1182 contempla que no se reconocerá la condición de refugiado a una persona que haya cometido un grave delito común fuera del territorio ecuatoriano previo a su admisión al mismo. Sin embargo, lo anterior no toma en cuenta que se debe ver la proporcionalidad del castigo que espera a la persona lo cual puede "[…] ser equiparable a la persecución en el sentido de la definición […]."[70] Con respecto a la comisión de delitos en Ecuador, el artículo 55 del Decreto 1182 vulnera la presunción de inocencia al establecer que se podrá revocar el reconocimiento: "[…] cuando se determine que la persona refugiada se ha visto inmersa en delitos o situaciones que atenten contra la seguridad del Estado […][71]". Esto representa un problema ya que:

> En el caso del artículo del Decreto Ejecutivo, no se encuentra necesaria la garantía determina en la Convención de 1951 en el sentido que exista una sentencia ejecutoriada o resolución en firme, como bien dispone la Convención, al señalar que exista una "condena definitiva". El hecho de que la Comisión pueda revocar la condición de solicitante de refugio a una persona solamente "cuando se determine que la persona refugiada se ha visto inmersa en delitos", viola el principio de la presunción de inocencia de la persona, al no tener la necesidad que exista una sentencia en su contra[72].

Finalmente, el Decreto 1182 crea la "extinción" de la condición de refugiado en su Artículo 54, la cual opera de oficio por razones de legitimidad de la solicitud de la persona.[73] Esto no solo crea una nueva categoría jurídica[74], sino que también vulnera el principio del al someter a revisión una decisión ya tomada sobre la misma materia, con los mismos hechos y correspondiente al mismo sujeto.[75]

69 *Id*. Pág. 35.
70 *Id*. Pág. 35.
71 Decreto Ejecutivo 1182. *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio*. Artículo 55. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.
72 Clínica Jurídica USFQ. *Acción de Inconstitucionalidad Decreto 1182* (2012)Pág. 39.
73 Decreto Ejecutivo 1182. *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio*. Artículo 54. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.
74 Clínica Jurídica USFQ. *Acción de Inconstitucionalidad Decreto 1182* (2012). Pág. 54.
75 Asylum Access Ecuador. *Acción de Inconstitucionalidad del Decreto 1182* (2012) Sección VII.

Sobre la existencia de la etapa de admisibilidad la Corte sostiene que:

> La cuestión central entonces se plantea alrededor de la admisibilidad o no a trámite de la solicitud de refugio y de la posibilidad de verificación de la misma en cualquier tiempo. Sobre lo anotado, vale traer a colación que la calidad de refugiado o refugiada se adquiere, internacionalmente luego de solicitar su admisión en un país de asilo seguro para el otorgamiento de tal calidad, el que le garantiza el derecho de no ser regresado forzosamente al país donde su supervivencia se encuentra amenazada. No obstante el otorgamiento de esta calidad procede solo después de la sustanciación de un proceso […][76].

Cabe recalcar que aquí la Corte Constitucional demuestra una confusión en el manejo de los términos y de la misma naturaleza de la condición de refugio. El refugiado lo es desde el momento en el cual se configuran los elementos de la definición, y no con el reconocimiento formal por parte del Estado de asilo. Asimismo, lo que el Estado de asilo realiza es un , no un de la condición de refugiado. Esta confusión es negativa debido a que denota una falta de comprensión por parte de la Corte con respecto al núcleo de la definición de refugiado y por ende, de la protección internacional que conlleva.

Sobre estos temas la Corte Constitucional no se pronunció, sin explicar porqué no aceptaba los argumentos ni porqué no se los estaba tomando en cuenta para el análisis de la constitucionalidad del Decreto 1182 y de los artículos que fueron impugnados por las acciones. Estas omisiones por parte de la Corte Constitucional en el análisis de la constitucionalidad del Decreto 1182 son negativas. El momento para pronunciarse sobre las cuestiones de debido proceso y corregir las varias vulneraciones que se presentaron y que siguen siendo parte del texto del Decreto era justamente en la sentencia emitida. Lamentablemente, el silencio de la Corte sobre estos temas permite no solo que continúe la vulneración de derechos sino que abre la puerta para la determinación de responsabilidad por parte del Estado tanto frente a cortes nacionales como internacionales.

76 *Id*. p. 57.

4. Conclusión

La sentencia de la Corte Constitucional con respecto al Decreto 1182 ha demostrado que existen tanto avances como desafíos que quedan por resolverse. Entre los avances que se evidencian están tres: la inclusión de la definición de la Declaración de Cartagena, la inconstitucionalidad del plazo de 15 días para solicitar refugio, la equiparación de los plazos para impugnar con aquellos contenidos en el ERJAFE. Los desafíos que quedan por resolverse son: la existencia de una etapa de admisibilidad, el haber determinado un efecto suspensivo para los recursos extraordinarios de revisión presentados sobre esta materia sin haberlo plasmado en la norma y el errado análisis que la Corte realiza con respecto al principio de reserva de ley y el principio de legalidad.

La inclusión de la definición ampliada contenida en la Declaración de Cartagena y el reconocimiento de la aplicación inmediata de los tratados e instrumentos de derechos humanos es un avance importante para el ejercicio del derecho de refugio en el Ecuador y también sienta un precedente interesante para la argumentación de la aplicación de derechos contenidos en instrumentos internacionales como las Declaraciones. La ampliación de la definición de refugiado/a respondía a una necesidad regional que fue sistemáticamente reconocida por el Ecuador hasta la expedición del Decreto 1182 que la omitió, permitiendo que efectivamente se de un retroceso en materia de refugio en el país. La decisión de la Corte de volver a reconocer la definición de Cartagena arregla esta inconstitucionalidad.

Con respecto al plazo para solicitar refugio, el aumento de 15 días a 3 meses es un avance. Sin embargo, las acciones de inconstitucionalidad presentadas abogaban, y con buenas razones, la inexistencia de un plazo para solicitar refugio. Evidencia de esto es que permanece el problema de los refugiados que podrían encontrarse en situación de refugio al haber pasado 15 días, tres meses, un año o cualquier período de tiempo y que por la existencia de un plazo en sí se podría evitar que accedan a la protección que requieren. La Corte Constitucional equipara el plazo a tres meses, pero no elimina su potencia fatal de inadmisión, al igual que tampoco exige que se deba respetar el debido proceso y promover la decisión de la Comisión o de la Dirección de Refugio tomando en cuenta a los méritos del caso y no sacrificar la justicia por una mera formalidad. La misma etapa de admisi-

bilidad se mantiene y sigue teniendo el bastión de un plazo para solicitar refugio que hasta la fecha se ha aplicado de manera absoluta y fatal, sin permitir el acceso a una entrevista para revisión de los méritos del caso. La existencia de un plazo para solicitar refugio sigue siendo un retroceso y un obstáculo para el buen ejercicio del reconocimiento de la condición de refugiado por parte del Estado.

Por otro lado, la equiparación de los plazos para la impugnación de las resoluciones mediante las cuales se niega el refugio con los plazos contenidos en el ERJAFE es otro avance ya que, como la misma Corte consideró, los plazos extremadamente cortos que se observaban no respondían a una medida para asegurar la protección, sino que devenían en discriminación formal y real sin justificación alguna. El análisis de la Corte que se basa en la igualdad y la falta de justificación para la diferencia en el plazo de impugnación para este procedimiento en específico es importante debido a que pone un freno a la discriminación explícita que se manifestaba mediante los mismos. El hecho de que un refugiado tenga solamente 3 o 5 días para apelar dependiendo de su etapa en el procedimiento y que los nacionales ecuatorianos tengan, como regla, 15 días, denotaba discriminación y no distinción en el trato a las personas necesitadas de protección internacional. Los plazos extremadamente cortos no respondían al procedimiento acelerado para asegurar una respuesta más rápida, respondían a una diferenciación arbitraria que podía impedir que muchos refugiados puedan acceder a un recurso de impugnación en el corto tiempo que se les permitía.

Con respecto a los desafíos, la etapa de admisibilidad y la creación de las categorías de solicitudes ilegítimas, manifiestamente infundadas y abusivas, la Corte Constitucional fracasa en reconocer que esos filtros efectivamente crean una nueva categoría de refugiado que no existe en el derecho internacional de refugio y que peor aún, precluye a estas personas del goce de sus derechos en el Ecuador. Los argumentos que permanecieron no contestados por la Corte Constitucional, específicamente aquellos relacionados al debido proceso siguen creando preocupación. El debido proceso es la base de todo sistema legal, la tutela judicial efectiva es la manera en la cual los individuos plasmamos nuestros derechos y obligaciones. Sin existir estas garantías básicas en el ejercicio de un derecho humano que podría resultar en la muerte o tortura de una persona al ser ignorados es

extremadamente grave. De la misma manera, la vulneración al principio de no devolución, como lo reconoce la misma Corte, mina la efectividad de la protección internacional a la que el Ecuador está obligado.

Por otro lado, la eliminación de la posibilidad de deportación del artículo 50 está argumentada en la sentencia, pero no está plasmada en la norma. Esto crea el problema de que si no se lee al artículo 50 del Decreto 1182 en conjunto con la sentencia, no se coligen los efectos suspensivos del recurso extraordinario de revisión específico para los casos de refugio, lo cual podría devenir en violaciones al principio de no devolución y de los derechos de los accionantes al ser deportados.

Finalmente, la Sentencia no especifica los efectos en el tiempo de la misma y guarda silencio sobre la declaración de inconstitucionalidad de las normas, ya que se podría haber guiado con el artículo 95 de la ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y declarar los efectos a futuro o retroactivos de la declaratoria de inconstitucionalidad. La confusión de la Corte Constitucional con respecto a la configuración de la condición de refugiado y el reconocimiento versus el otorgamiento del mismo podría tener consecuencias de alto alcance. La condición de refugiado es inherente a la persona que lo solicita y las reglas para reconocerlo son diferentes y una confusión con elementos tan básicos es peligroso para la protección de los refugiados en el Ecuador.

La sentencia de la Corte Constitucional marca un gran avance en el derecho de refugio en el Ecuador. Es la primera vez que una Corte de tanto alcance a nivel nacional se pronuncia sobre el tema, de tanta importancia para la protección de 164.528 solicitantes de asilo y 55.282 refugiados reconocidos, un número alto que no puede ser ignorado. De esta manera, no se pueden dejar de lado ni minimizar los avances de los cuales ya se ha comentado en este artículo. El reconocimiento de la condición de refugiado debe ser consistente con el Estado de derechos que propone nuestra Constitución. Sin embargo, los obstáculos que todavía se encuentran en el Decreto 1182 no deben ser olvidados. En el ejercicio de la exigibilidad de los derechos humanos se debe tener una visión y actuación holística: el posicionamiento de algunas garantías sin tomar en cuenta otras deviene en la vulneración de los mismos derechos que se está intentando proteger.

5. Bibliografía

ACNUR, Consultas Globales sobre Protección Internacional, EC/GC/01/12 de 31 de mayo de 2001.

ACNUR, 1992.

ACNUR. . 26 de abril de 1999.Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

ACNUR. . 26 de enero de 2007.

Asylum Access Ecuador. (2012).

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951).

Corte Constitucional. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 602 de 01 de junio de 2009. P. 6. Ver también, Corte Constitucional. . Publicada en el Registro Oficial Suplemento 724 de 14 de junio de 2012. Corte Interamericana de Derechos Humanos. . Sentencia del 25, 2013. Series C No. 272.

Corte Constitucional. . n/d

Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva No. 6. (1986).

Clínica Jurídica USFQ. (2012).

Declaración de Cartagena de Indias (1984).

Decreto Ejecutivo 1182. . Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

Decreto Ejecutivo No. 3293. , Registro Oficial No. n/d de 30 de septiembre de 1987.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

Ley de Extranjería. Registro Oficial 454 de 4 de noviembre de 2004.

Manuel Diez de Velasco. Decimoquinta Edición, Editorial Tecnos. 2003.

Ministerio de Relaciones Exteriores. Estadísticas Refugiados. En: http://cancilleria.gob.ec/estadisticas-refugiados/ consultado el 16 de noviembre de 2014.

Namihas, Sandra. . Fondo Editorial de la Ponfiticia Universidad Católica del Perú. Lima: 2001.

La Temática de lxs Intersex desde una Perspectiva Jurídica:

Lineamientos para una Reparación Integral

Belén Alejandra Aguinaga Aguinaga
belen.aguinag@gmail.com

Resumen

Las personas intersex, es decir, aquéllas cuyo sexo genital/anatómico, gonadal o cromosómico no corresponde completamente a lo que ordinariamente se catalogaría como un "cuerpo de hombre" o un "cuerpo de mujer" y, en consecuencia, ostentan características típicas de ambos sexos en diferentes grados, han sido y siguen siendo objeto de invisibilización y patologización. El enfoque dominante para "tratarlas" ha sido, hasta el momento, el de someter a los bebés intersex a intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales de inmediato con la finalidad de "normalizar" sus cuerpos y asignarles un sexo que se ajuste a la dicotomía hombre-mujer. Sin embargo, esta práctica implica una vulneración de varios derechos fundamentales de lxs[1] niñxs intersex, lo cual deriva, necesariamente, en el derecho de reparación que tienen éstxs si han sido sometidos a cirugías y tratamientos de "normalización" de sus cuerpos, o de asignación de sexo, sin su consentimiento. Este análisis tiene por objetivo aproximar al lector, de manera breve y general, al contexto de las personas intersex, introduciendo conceptos clave para el resto del análisis. Además, se expondrán los fundamentos sobre los cuales se asienta la práctica dominante de "corregir" los cuerpos de los bebés intersex y se confrontará esta postura con el enfoque contrario, que se sostiene en el principio de la autonomía de la voluntad. Asimismo, se introducirán brevemente conceptos fundamentales al hablar de derechos de lxs niñxs, como el de interés superior, ejercicio progresivo y evolución de facultades. Posteriormente, se procederá, a modo de conclusión, a determinar las violaciones a los derechos fundamentales de las personas intersex que tienen origen en dichos tratamientos invasivos e irreversibles, y finalmente se expondrán propuestas de reparación.

1 El uso de la "x" para no dotar una carga de género a una determinada palabra obedece, precisamente, a la necesidad de que se rompa con el esquema binario (hombre/masculino – mujer/femenino) y que esto se vea reflejado en el lenguaje. Así, no es suficiente un uso de las vocales "o" y "a" para abarcar, por ejemplo, a los niños y a las niñas; pues esas dos expresiones desconocen otras realidades y dimensiones de la diversidad sexo-genérica que (i) se está intentando, a través del lenguaje, reivindicar y (ii) imponen *a priori* una condición de "masculino" o "femenino" a un cuerpo que puede moverse en cualquiera de las categorías que conforman el espectro de posibilidades (a modo de ejemplo, y nunca de manera taxativa, las personas trans, las personas intersex, las personas que puedan considerarse de "un tercer género", entre otras).

Abstract

Intersex persons, which is, those whose genital/anatomic, gonadal or cromosomic sex does not coincide entirely to what could commonly be catalogued as a "male body" or a "female body" and, hence, have typical characteristics of both sexes in different degrees, have been made, and continue to be, invisible and pathologized. The dominant approach for "treating" these people, until now, has been the one of subjecting intersex babies to surgical interventions and hormonal treatments immediately, with the purpose of "normalizing" their bodies and assigning them a sex that fits the man-woman dichotomy. Nevertheless, this practice involves a violation of several human rights of the intersex children, which leads, necessarily, in their right to reparations if they have been subject to such treatments and interventions without their consent. This paper aims to briefly introduce the context of intersex children, as well as key concepts for the analysis. Furthermore, we will outline the basis for the existing dominant approach, which consists in the treatments for "normalizing" and challenge it with the opposite perspective, which is based on each individual's autonomy. Moreover, we will introduce basic notions for analyzing the rights of the child, as the child's best interest, the progressive exercise of the child's rights and evolving capacities of the child. Additionally, we will conclude by identifying the human rights violations that are caused by these invasive and permanent treatments and, finally, we will outline some recommendations for reparations.

Palabras clave

Ambigüedad genital, derechos del niño, derechos humanos, diversidad sexo-genérica, DSD, ejercicio progresivo, estados intersexuales, evolución de facultades, interés superior del niño, hermafrodita, intersex, intersexual, LGTBI, niñez y adolescencia, reparación, trastorno del desarrollo sexual.

Key terms

Child's best interest, childhood and adolescence, Differences on Sex Development, DSD, evolving capacities, genital ambiguity, hermaphrodite, human rights, intersex, intersexual, LGTBI, progressive exercise, reparations, rights of the child, "sexual diversity.

Contenidos

1. Introducción

Dentro del amplio espectro de temas referentes a la diversidad sexo-genérica, este trabajo se enfocará en las personas intersex. Se utilizará el término "intersex" con la finalidad de abarcar a las personas que nacieron con una condición de trastorno del desarrollo sexual (*Differences in Sexual Development,* "DSD" por sus siglas en inglés) y de ninguna manera como sinónimo de "intersexual" puesto que este último término puede ser asociado con una categoría de patología. De hecho, los procesos de medicalización de los estados intersexuales[2] han tenido como resultado que cualquier cuerpo que se desvíe del estándar hombre-mujer sea visto como una anormalidad, una patología, una urgencia médica a tratar[3].

Además, la utilización de la expresión "intersex" en lugar de "intersexual" o "hermafrodita" radica en que éstas últimas son y han sido utilizadas con fines despectivos y estigmatizadores, mientras que la primera goza de una mayor aceptación tanto en la teoría como en el activismo[4]. El término "hermafrodita" no es el adecuado para referirse a todas las personas intersex, o a todos los estados intersexuales, trastornos del desarrollo sexual o ambigüedades genitales, pues tiene una definición técnica concreta y se refiere a que una persona tiene tanto gónadas masculinas como femeninas; es decir, tiene testículos y ovarios[5].

También es crucial distinguir la categoría "intersex" de la categoría "transexual" puesto que si bien la transexualidad implica una modificación sexual, ésta se deriva de una decisión completamente voluntaria y consciente de la persona que la experimentará; mientras que las "cirugías de normalización" o de asignación de sexo emanan de una imposición por parte de los médicos, de los padres o ambos.

---

2 Luciana Lavigne. "La regulación biomédica de la Intersexualidad. Un abordaje de las representaciones socioculturales dominantes". Eva Zavala *et al*. *Interdicciones: escrituras de la intersexualidad en castellano*. Mauro Cabral (ed.). Córdoba: Anarrés, 2009, p. 52. http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf (acceso: 11/12/2014).
3 Nuria Grégori Flor. "La experiencia intersexual en el contexto español. Tensiones, negociaciones y microrresistencias". Eva Zavala *et al*. *Interdicciones: escrituras de la intersexualidad en castellano*. Mauro Cabral (ed.). Córdoba: Anarrés, 2009, p. 72. http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf (acceso: 11/12/2014).
4 Cfr. Eva Zavala *et al*. *Interdicciones: escrituras de la intersexualidad en castellano*. Mauro Cabral (ed.). Córdoba: Anarrés, 2009, p. 9. http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf (acceso: 11/12/2014).
5 Isadora Lins França. "Ahora, es toda una mujer: un análisis sobre el caso de Edinanci Silva en los medios latinoamericanos". Eva Zavala *et al*. *Interdicciones: escrituras de la intersexualidad en castellano*. Mauro Cabral (ed.). Córdoba: Anarrés, 2009, p. 32. http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf (acceso: 11/12/2014).

Personas intersex han sido objeto de cirugías y tratamientos hormonales, la mayoría de veces realizados a una muy temprana edad (antes de los 18 meses de vida o "lo suficientemente pronto como para que el bebé no tuviera memoria de ello"[6]) con la finalidad de "normalizar sus cuerpos" para poder ser criados como niñas o niños. Esta práctica no fue cuestionada durante mucho tiempo, debido a la influencia del esquema binario (hombre-mujer)[7] en que se desarrolla nuestra sociedad. Sin embargo, la crítica y oposición a estos enfoques para las personas intersex va en aumento y tiene sustento en que "el género debe ser establecido a través de la asignación o la elección, pero siempre sin coerción"[8].

Este trabajo no agota los argumentos que sustentan el enfoque de la intervención temprana en bebés intersex y el de la primacía autonomía de la voluntad de éstxs; es un estudio introductorio a lo que entendemos por el término "intersex" en el que se resume los principales puntos que sostienen estas posturas y, finalmente, desde una perspectiva jurídica, se expone los fundamentos por los cuales se debe garantizar un derecho a la reparación para las personas intersex que fueron sometidas a cirugías después de nacer.

2. Las personas intersex

El término "intersex" se entiende, de manera general, como "[una] anatomía que no coincide con lo masculino ni con lo femenino, y que puede manifestarse en ambigüedades cromosómicas, genitales o del sistema reproductivo"[9]. En este sentido también es posible la expresión "trastorno del desarrollo sexual" ("DSD" por sus siglas en inglés), como "el término que se aplica a quienes tienen atributos biológicos de ambos sexos"[10]. Los

6 Howard W. Jones Jr., y William, Scott *Hermaphroditism Genital Anomalies and Related Endocrine Disorders*. Baltimore: Williams & Wikins Company, 1958, p. 269. Citado en Cheryl Chase. "Hermafroditas con actitud: cartografiando la emergencia del activismo político intersexual", *Debate feminista, Vol. 47, Issue 24,* 2013, p. 50. http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/detail?vid=13&sid=079a-d46f-bc49-4579-907e-d91656274d45%40sessionmgr114&hid=126&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=a9h&AN=87856154 (acceso: 01/05/2014).

7 Cheryl Chase. "Hermafroditas con actitud: cartografiando la emergencia del activismo político intersexual", *Debate feminista, Vol. 47, Issue 24,* 2013, p. 49. http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/detail?vid=13&sid=079ad46f-bc49-4579-907e-d91656274d45%40sessionmgr114&hid=126&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=a9h&AN=87856154 (acceso: 01/05/2014).

8 Judith Butler. *Deshacer El Género*. Madrid: Paidós, 2008, p. 21.

9 Penny MILES. *Diversidad Sexual y Derechos Humanos*. Universidad Diego Portales, 2010, p. *293*. Internet: http://www.udp.cl/funciones/descargaArchivos.asp?seccion=documentos&id=88 (acceso: 03/05/2014).

10 R. Crooks y K. Baur. *Nuestra Sexualidad*. Décima Edición. México: Cengage Learning: 2010. ISBN-13 978-970-830-021-6, p. 60.

trastornos del desarrollo sexual "son condiciones que involucran características "masculinas" o "femeninas" atípicas"[11]. Esta expresión será utilizada en el presente análisis para identificar tal condición; mientras que el término intersex se reservará para referirse a las personas que ostenten dichas características.

Dado que el término intersex es inclusivo de varias categorías, no es deseable establecer definiciones taxativas. Empero, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos. Para comenzar, la diferencia entre los vocablos "sexo" y "género". El primero se refiere a "los aspectos biológicos del desarrollo del sistema reproductivo"[12], mientras que el segundo "incluye a aspectos menos tangibles, como la psicología del individuo y el comportamiento que se espera para las personas de determinado sexo"[13]. Así como el sexo no es sinónimo de género, estas categorías también se diferencian de la orientación sexual por la que los individuos puedan optar.

Es pertinente, además, aclarar la diferencia entre trastornos del desarrollo sexual, en general, y ambigüedad genital. En relación a los primeros, éstos "se presenta[n] en el evento en que existe una discordancia entre las distintas dimensiones biológicas del sexo (fenotípico, gonadal, cromosómico, endocrinológico, psicológico)"[14]; mientras que la segunda es una categoría específica que se refiere a "la apariencia de los genitales externos [que] no permite asignar con facilidad un sexo al momento del nacimiento"[15].

---

11 Skylar Curtis. "Reproductive Organs And Differences Of Sex Development: The Constitutional Issues Created By The Surgical Treatment Of Intersex Children." *Mcgeorge Law Review* 42.4, 2011, p. 843. Traducción libre. http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mcgeorge.edu%2Fdocuments%2Fpublications%2F05_curtis_final.pdf&ei=mIuHVNO7KoqpgwSckoGIDA&usg=AFQjCNEqX_XIr5qTcD-iGHfLc0qlv8Ytag&sig2=oddQ3wJ-HuqJDJmfGLHTsw&bvm=bv.81449611,d.eXY (acceso: 19/10/2014).

12 P.-L. Chau y Jonathan Herring. "Defining, assigning and designing sex". *International Journal of Law, Policy and the Family. Vol. 16, Issue 3,* 2002, p. 328. Traducción libre. http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fpublication%2F6937885_Defining_assigning_and_designing_sex%2Flinks%2F00b7d52a6fe5217c80000000&ei=gI-HVKWbK4KhNuyEgoAO&usg=AFQjCNG37thf7JRRdUKp-5Lotz3OcBi0tQ&sig2=7xOjdL02B13l9Y9IjqBwiA&bvm=bv.81449611,d.eXY (acceso: 09/05/2014).

13 *Ibíd*.

14 Diana Patricia Tovar. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". *Debate feminista*. Vol. 47, Issue 24. Colombia, 2013, p. 77. http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/detail?sid=1a7020b7-1955-43ed-a42f-ec3aa7c6ebee%40sessionmgr113&vid=1&hid=126&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=a9h&AN=87856156 (acceso: 08/05/2014).

15 *Ibíd*.

Tener en cuenta esta diferencia es de trascendental importancia, pues no todas las personas intersex evidencian una ambigüedad genital, dado que existen muchas otras dimensiones de los trastornos del desarrollo sexual. Para comprender esto de mejor manera es importante resaltar que el proceso de un óvulo fecundado para convertirse en un individuo es muy complejo e involucra varios factores que se explicarán brevemente a continuación a efectos de contextualizar el análisis objeto del presente trabajo.

Existen dos tipos de procesos que se dan en la etapa de gestación: determinación sexual (*sexdetermination*) y diferenciación sexual (*sexdifferentiation*). La determinación sexual, por un lado, se refiere a los "eventos genéticos que conllevan un desarrollo gonadal masculino o femenino"[16]; mientras que la diferenciación sexual, por otro, hace alusión a "todos los eventos morfogenéticos [procesos de formación de tejidos, órganos y otras estructuras del embrión] y fisiológicos subsiguientes que establecen funcionalidad sexual, el dimorfismo sexual[, es decir, las diferencias anatómicas y fisiología de individuos de ambos sexos] y [las] características sexuales secundarias"[17].

Consecuentemente, una inconsistencia entre las características físicas, hormonales o cromosómicas que configuran el sexo, los órganos sexuales internos y los órganos reproductivos externos es lo que derivaría en un trastorno del desarrollo sexual en los términos que ya se han explicado.

Existen diferentes categorías (fenotípicas, gonadales/endocrinológicas, cromosómicas) que podrían derivar en que una persona no pueda ser considerada "completamente hombre o completamente mujer" desde el punto de vista biológico y, en un escenario así, estaríamos hablando de personas intersex. No obstante, lo fundamental a tener en cuenta es que al hablar de personas intersex, nos referimos a individuos respecto de los cuales los procesos complejos que acabamos de mencionar fueron interrumpidos y, en consecuencia, no se completó el proceso de determinación o diferenciación[18].

Dada esta amplísima gama de posibilidades, las categorizaciones estrictas o taxativas no solamente no son deseables en el sentido de que impiden una garantía de derechos fundamentales y promueven una estigmatización

16 P.-L. Chau y Jonathan Herring. "Defining, assigning and designing sex". Óp. cit., pp. 328-329. Traducción libre.
17 *Ibíd*.
18 *Id*., p. 329.

de las personas "que no estarían incluidas" dentro del término intersex, encasillado en dichas categorías cerradas; sino que, además, no nos encontramos ante aspectos que puedan ser del todo negros o del todo blancos. Por consiguiente, la "delimitación" *a priori* y por un tercero entre la línea divisoria de las categorías mujer-hombre-intersex resulta completamente subjetiva.

3. Patologización de las personas intersex

La patologización de las personas intersex es una consecuencia del esquema binario y heteronormativo al que nuestra sociedad se encuentra acostumbrada. Es así que lo común al hablar de diferencia sexual es que ésta sea circunscrita a un hecho biológico a través del cual se asigna los roles o comportamientos que se espera de las personas de un sexo determinado, sea el de hombre o mujer[19].

Los cuerpos que nacen en condiciones de intersexualidad "cuestiona[n] algunas de las convicciones sociales más arraigadas y profundas, pues la noción misma según la cual a nivel biológico existen sólo dos sexos, queda en entredicho y nos problematiza acerca de lo que entendemos por normalidad"[20]; así, se pone en tela de duda la verdad absoluta a la cual nos han acostumbrado: el esquema binario hombre-mujer. Como corolario de esto, los cuerpos que se desvíen de esa "normalidad" son estigmatizados e incluso patologizados[21], lo cual genera que se vea como "anormal" y, en consecuencia, "desigual" a los mismos.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la corriente esencialista basada en la biología percibe a la sexualidad como consustancial a los seres humanos y es resultado de la teoría de la selección natural, o bien de la reproducción humana o de la fisiología hormonal[22]. En este sentido, se destaca la anatomía o el elemento biológico, que determina el deber ser "[d]el comportamiento sexual

19 Cfr. Diana Patricia Tovar. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". Óp. cit., p. 78.
20 *Ibíd*.
21 *Ibíd*.
22 Rosio Córdova. "Reflexiones teórico-metodológicas en torno al estudio de la sexualidad". *Revista Mexicana de Sociología, Vol. 65, No. 2*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 341. http://www.jstor.org.ezbiblio.usfq.edu.ec/stable/pdfplus/3541568.pdf?acceptTC=true&jpdConfirm=true (acceso: 06/05/2014).

normal y sano"[23]. Sin embargo, nuevas corrientes han empezado a plantear al sexo y al género como "susceptibles de transformación y evolución, al punto de juzgar los géneros como intercambiables; es decir, que van más allá de lo biológico"[24]. Las corrientes constructivistas, que surgen a partir de

> [...] un enfoque desde las ciencias sociales y [conforme se ha estudiado] a través de disciplinas como la antropología, la sociología, los estudios culturales y los estudios de género[; ...] critican la existencia de un molde preestablecido, una forma de pensamiento dicotómico, basado sobre todo en una ideología etnocentrista que excluye a un "otro" diferente[25].

Esta última posición se basa en las ideas de Foucault, quien plantea que las categorías de poder dominantes[26] instrumentalizan la sexualidad para preservar los esquemas heteronormativos. A esta visión se acercan también las teorías *queer* que básicamente proponen un "cuestionamiento crítico ante ciertos conceptos que restringen la vida y, por otro lado, la consolidación de condiciones más incluyentes"[27].

4. Estados Intersexuales: Perspectivas Principio de beneficencia – tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas tempranas

Existen posturas que sostienen que lo mejor es intervenir cuanto antes a lxs pacientes (hablemos, en este caso de bebés intersex) con la finalidad de que su apariencia física corresponda de la manera más próxima posible al género con el cual se va a educar a dicho bebé. Esta perspectiva tiene influencias de la tendencia "patologizadora" de los cuerpos intersex, pues se ve como una necesidad imperiosa el "corregir la anormalidad" con la que dichos cuerpos nacieron. En este orden de ideas, la práctica común consiste en que "[a]l paciente no sólo no se le inform[e], sino que no se le

23 *Ibíd*.
24 Diana Patricia Tovar. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". Óp. *cit*., p. 78.
25 Rafaela Chiriboga y María Emilia Véjar. Transgrediendo cuerpos: Campaña comunicacional a favor del reconocimiento de la diversidad sexo-genérica, específicamente de las mujeres trans. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2013, pp.23-24.
26 Michel Foucault. *Historia de la Sexualidad. La Voluntad de Saber.* Vol.1. México: Siglo Veintiuno Editores, 1977, p. 20.
27 Judith BUTLER. *Deshacer el Género*. *Óp. cit*.., p. 23. Citado en Rafaela Chiriboga y María Emilia Véjar. Transgrediendo cuerpos… Óp. cit., p. 30

deb[e] informar"[28] dado que el proporcionar información es considerado un acto negativo[29].

Esta posición se basa en lo que se denomina el "principio de beneficencia", que consiste en que la decisión sobre las intervenciones (quirúrgicas y hormonales) compete, de manera exclusiva, a los padres del bebé, en tanto éstos son los únicos autorizados a brindar un consentimiento[30]. Éste vendría a ser un sustituto del consentimiento del titular del cuerpo, léase el bebé intersex, sobre quien recaerán las consecuencias de dicha intervención. Más aun, se trataría no solamente de una potestad que tendrían los padres o tutores de lxs mencionadxs sujetxs; sino de un deber, "puesto que [intervenirlos] es esencial para asegurar el desarrollo físico [de lxs niñx intersex…]"[31].

Esta alternativa supondría que se debe asignar el sexo (y el género) de la manera más temprana posible, con un tratamiento hormonal y quirúrgico, a efectos de "adecuar la apariencia de los genitales a ese sexo asignado"[32]. Críticos de esta postura han considerado que ésta implica que "[las] cirugías no evitan el rechazo, sino que son una consecuencia del mismo", pues los médicos (o los padres, por consejo de éstos) toman esta decisión para "salvar [a sus hijxs] de sentirse diferentes de los otros niños, o de ser marginalizados por la sociedad"[33].

Esto no es más que un resultado de la patologización de la condición de intersex, pues la "desviación de las normas sexuales"[34] que estos cuerpos representan ha sido estigmatizada a tal punto "que la probabilidad esperada de daño emocional debido al rechazo social proporciona al médico el argumento más convincente para justificar intervenciones quirúrgicas [que en realidad son] innecesarias en términos médicos"[35]. En la gran mayoría de casos se requiere más de una intervención para cumplir con la finalidad de asignación de un sexo, sea masculino o femenino, y "[p]ara algunos, las cirugías terminan sólo cuando el niño o niña crece lo suficiente para resistirse"[36].

28 Diana Patricia Tovar. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". Óp. *cit*., p. 79.
29 Cfr. *Ibíd*.
30 Cfr. *Id*., p. 86.
31 *Ibíd*.
32 *Id*., p. 87.
33 *Ibíd*.
34 Cheryl Chase. "Hermafroditas con actitud…". Óp. cit., p. 51.
35 *Ibíd*.
36 *Id*., p. 52.

Actualmente lxs bebes intersex que tienen genitales ambiguos al momento de su nacimiento "son sometidos a varios estudios, tanto cromosómicos y hormonales como anatómicos, para determinar el sexo que se les ha de asignar"[37]. Estas evaluaciones se analizan bajo el criterio de la existencia de una "posibilidad de utilizar [sus órganos], para el coito con penetración, teniendo en cuenta que el niño o niña pueda ser fértil en el futuro"[38]. Sin embargo, aun cuando la decisión sobre el sexo que se le asignará al recién nacidx se realiza con el soporte de un equipo multidisciplinario, esta decisión y el correspondiente tratamiento se llevan a cabo antes de los 18 meses de edad, sin posibilidad alguna de contar con la opinión del niñx afectadx quien, después de unos años, podrá saber cuál es su identidad de género (no la que le asignaron) y, en consecuencia, podrá decidir al respecto[39].

La razón por la que los padres de los niñxs intersex toman la decisión de someterlxs a intervenciones quirúrgicas es porque en ese momento éstxs no pueden tomarla por sí solxs. No obstante, debemos tener en cuenta que el hecho de que lxs recién nacidxs no puedan tomar una decisión sobre su sexo y su género hasta que son mayores, esta incapacidad de razonamiento de ninguna manera es permanente. La misma es subsanada con el paso natural del tiempo y es un hecho cierto que llegará el día en que puedan tomar una decisión de manera autónoma; sin que se les imponga arbitrariamente una mutilación, por un lado, y un modo de vida, por otro.

Esto convierte la sustitución de la voluntad de lxs bebés intersex en una decisión completamente arbitraria cuando la cirugía no se da por razones estrictamente de urgencia médica, entendiendo ésta como una situación en la que la vida de lxs pacientes corre peligro[40], o un motivo médico de trascendencia, como sucede cuando existe la potencialidad de que la integridad física y fisiología de los bebés intersex se encuentre afectada (por ejemplo, casos en que la orina se encuentre bloqueada o pueda llegar a ser dolorosa)[41]. En este sentido, organizaciones como la Intersex Society

37 Diana Patricia Tovar. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". Óp. *cit*., p. 80.
38 *Ibíd*.
39 *Ibíd*.
40 De hecho, los médicos especialistas catalogan al nacimiento de un bebé intersex como una "crisis médica", cuando en realidad el uso del término debería reservarse para situaciones en las cuales la vida corre peligro (y la gran mayoría de éstos casos no cumplen con ésta condición). *En ese sentido, vid*,: Cheryl Chase. "Hermafroditas con actitud…". Óp. cit., p. 51.
41 Cfr. Cheryl Chase. "Hermafroditas con actitud…". Óp. cit., p. 59.

of North America (ISNA) realizan un fuerte activismo para eliminar las intervenciones quirúrgicas tempranas, decididas a partir de una sustitución del consentimiento de lxs afectadxs[42].

Es fundamental tener en cuenta que muchas veces los padres y madres se encuentran en una situación muy vulnerable y que "el consentimiento informado, explicado [a ellos] por lo general no es el adecuado [y e]n ocasiones, incluso se les dice que sus hij[x]s van a tener genitales normales"[43]. Como si no fuera suficiente, incluso es una práctica médica generalizada recomendar a los padres de lxs bebés sometidos a cirugías de determinación del sexo mantener un secretismo absoluto no solo con familiares y amigos, sino también con el propix niñx víctima de la intervención quirúrgica[44].

Por otro lado,

> […] hay quienes consideran que las intervenciones médico-quirúrgicas de armonización del sexo son lícitas e incluso obligadas, [y] se ha llegado a sostener que no es necesario pedir a los padres el consentimiento informado para proceder con los respectivos tratamientos y cirugías[45];

Todo esto se realiza con la supuesta intención de proteger a lxs niñxs que nacen con algún tipo de trastorno del desarrollo sexual cuando, en realidad, como se explicará en líneas siguientes, constituye una completa anulación de los derechos de la niñez y adolescencia.

Como ya se expuso, la "línea divisoria" entre las categorías mujer-intersex-hombre, es extremadamente subjetiva y, la práctica en ese sentido ha sido "falocéntrica"[46], por lo que el criterio determinante para la asignación del sexo es el tamaño del órgano. Es decir, en caso de que estemos ante

---

42 ISNA: Intersex Society of North America. http://www.isna.org/ (acceso: 01/05/2014).
43 Diana Patricia Tovar. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". Óp. *cit*., p. 80.
44 Cfr. Adriana Agramonte Machado. "Tratamiento quirúrgico de los genitales ambiguos: fundamentos e implicaciones psicológicas y sexuales". *Revista cubana de endocrinología, Vol. 17, Issue 3,* 2006, pp. 6-7. http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/detail?vid=11&sid=079a-d46f-bc49-4579-907e-d91656274d45%40sessionmgr114&hid=126&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l-0ZT1laG9zdC1saXZl#db=a9h&AN=26225787 (acceso: 05/05/2014).
45 Diana Patricia Tovar. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". Óp. *cit*., p. 80.
46 P.-L. Chau y Jonathan Herring. "Defining, assigning and designing sex". Óp. cit., pp. 337-338. Traducción libre.

un escenario de un pene pequeño o de un clítoris grande, por poner un ejemplo, se toma la decisión de mutilar dicho órgano (según sea el caso) para "convertir" a la persona en una "mujer" y criarla con identidad de género femenina[47].

Casos de interés:

Un caso célebre en el cual se tomó la decisión de someter a un bebé intersex a una cirugía temprana de asignación de sexo es el de Joan/John, un bebé intersex que sufrió las consecuencias de un procedimiento de circuncisión mal practicado al que él y su hermano gemelo habían sido sometidos y que, en su caso, tuvo como consecuencia una mutilación casi completa de su pene[48]. Como corolario de esto, el psicólogo John Money recomendó a los padres del bebé una reasignación de sexo, para que a través de intervenciones quirúrgicas, tratamientos hormonales y psicológicos, éste se convierta en una mujer y se la eduque dentro de los parámetros (estereotipos) establecidos para el género femenino[49].

Es así que posteriormente fue criado como Brenda (Joan), y si bien existe documentación que demuestra que "ella" nunca ostentó una identidad de género femenina, Money, quien era uno de los principales impulsores del sistema de reasignación de sexo para lxs bebés intersex, sostuvo siempre, e incluso alteró registros para sustentarlo, que Brenda se desarrolló como una niña perfectamente 'normal'[50]. Sin embargo Brenda, quien en realidad "no había crecido exitosamente como niña", al descubrir que fue sometido a una cirugía, "rechazó su sexo y vivió como hombre (John)", y "expresó una profunda perturbación por la manera en que había sido tratado durante su niñez y adolescencia"[51]. Al adoptar su identidad de género masculina, Brenda se dio a conocer como David Reimer, tuvo esposa, hijos pero finalmente, a causa de las graves secuelas psicológicas que sufrió, se suicidó[52].

---

47 *Ibíd*.

48 ISNA. *Who was David Reimer (also, sadly, known as John/Joan)?*. http://www.isna.org/faq/reimer> (acceso: 19/10/2014). Traducción libre.

49 *Ibíd*. Traducción libre.

50 *Ibíd*. Traducción libre.

51 P.-L. Chau y Jonathan Herring. "Defining, assigning and designing sex". Óp. cit., p. 336. Traducción libre.

52 Jesse Walker. "The Death of David Reimer" *Reason Magazine*. May 24, 2004. http://reason.com/archives/2004/05/24/the-death-of-david-reimer (acceso: 19/10/2014-10-19).

Otro caso emblemático es el de la ahora activista por los derechos de las personas intersex y fundadora de la ISNA, Cheryl Chase. Cheryl, según su propio relato, nació con genitales ambiguos, por lo cual un doctor especializado en trastornos del desarrollo sexual (o, en términos del propio médico, especializado en "intersexualidad") concluyó que "era un varón con un micropene, completa hipospadias, los testículos sin descender y una extraña apertura extra detrás de la uretra"[53]. Se le asignó un nombre de niño y se le empezó a criar como tal[54]. Posteriormente, a los 18 meses otro grupo de expertos hicieron los análisis respectivos para la determinación de su "verdadero sexo [pues c]onsideraron que [su] apéndice genital era inadecuado como pene, demasiado corto para marcar de forma efectiva un estatus masculino o penetrar a mujeres. Como mujer, sin embargo, sería penetrable y fértil, en potencia"[55].

Se procedió a la cirugía correspondiente para construir los genitales externos de una mujer y así se determinó su sexo en ese sentido; además sus padres le cambiaron el nombre y, por recomendación de sus médicos, se mudaron, hablaron con todos sus amigos y familiares para que nunca se refieran a la existencia de un varón, sino de una mujer, y destruyeron todo registro o vestigio de su vida como niño[56]. Cuando tenía ocho años se le sometió a otra cirugía, esta vez abdominal con el fin de eliminar los restos de tejido testicular en sus gónadas (cada una tenía tejido testicular y tejido ovárico)[57]. Todo esto sin que se le ofreciera ningún tipo de

> [e]xplicación por la larga hospitalización, la cirugía abdominal, ni las posteriores visitas regulares al hospital, en las cuales los médicos fotografiaban [sus] genitales e insertaban dedos e instrumentos dentro de [su] vagina y [su] ano. Estas visitas cesaron tan pronto empe[zó] a menstruar"[58].

Cheryl relata que a los 21 años consiguió que su madre le cuente la verdad y posteriormente logró acceder, con mucha dificultad, a sus registros médicos[59]. Además, expresa que como consecuencia de "la carnicería" de la que

53 Cheryl Chase. "Hermafroditas con actitud…". Óp. cit., p. 53.
54 *Ibíd*.
55 *Id*., pp. 53-54.
56 *Id*., p. 54.
57 *Ibíd*.
58 *Ibíd*.
59 *Ibíd*.

fue víctima, sufrió traumas y varias crisis emocionales e incluso había resuelto suicidarse por el impacto que esto le causó[60]. Finalmente aceptó que "el cuerpo en el que había nacido no estaba enfermo, sino [que] era diferente"[61] y comenzó sus labores de activismo para dar apoyo a personas que se encuentren en la misma situación que ella a través de la fundación de la organización ISNA[62].

4.1 Principio de autonomía – derecho al libre desarrollo de la personalidad y enfoque centrado en el paciente

En contraste con la postura expuesta en líneas anteriores, está la que reconoce la primacía de la autonomía y de la relación con el paciente, pues en la actualidad

> […] la evolución de la relación médico-paciente es un hecho universal, y se acepta como el modelo en el cual los pacientes (o sus representantes legales) son esenciales para el proceso de toma de decisiones diagnóstico-terapéuticas respecto a su caso sea aceptable en términos éticos[63].

Esta postura tiene como eje transversal la doctrina del consentimiento informado, que además es un derecho fundamental, y sostiene "que el paciente, tras haber comprendido [lo] suficiente acerca de su problema clínico, de forma autónoma y libre, acepte determinados planteamientos diagnósticos o terapéuticos sugeridos por el médico"[64]. Si bien en la cita consta que el consentimiento de los representantes legales puede sustituir al del propix afectadx, eso solamente debería ocurrir en situaciones en que la vida o integridad personal de éstxs corra peligro, lo cual en la mayoría de los casos de personas intersex no ocurre.

Además, para que un paciente, o sus allegados, otorguen su consentimiento informado, es crucial contar con

60 *Id*., pp. 55-56.
61 *Id*., p. 56.
62 *Id*., p. 56-58.
63 Diana Patricia Tovar. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". Óp. *cit*., p. 79.
64 José María Martiñón y Antonio Rodriguez. "El Consentimiento informado en pediatría. Aspectos Prácticos" *Cuadernos de Bioética, Vol. V, núm. 22, abril-junio*. Madrid: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 1995, p. 188. Citado en Diana Patricia TOVAR. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". Óp. cit., p.79.

> [...] información veraz, proporcionada por el médico, sobre la enfermedad[, utilizando la expresión "enfermedad" al hablar en general de la relación de un paciente con su médico, pues los cuerpos intersex no son cuerpos que padecen de una enfermedad,] y sus opciones de diagnóstico y tratamiento, con sus riesgos y beneficios[65].

El principio de autonomía plantea la postura de que "el consentimiento para este tipo de intervenciones es una decisión exclusiva de la persona y no de sus padres [pues] la escogencia de la afinidad e identidad sexual es un acto inherente al libre desarrollo de la personalidad"[66]. Este es el enfoque adecuado, sobre todo considerando que estamos hablando de "tratamientos invasivos, innecesarios, irreversibles y potencialmente dañinos"[67].

El fundamento para postergar las intervenciones radica en que las cirugías para cortar el clítoris o cortar los penes que podrían considerarse pequeños, por ejemplo, son precisamente de carácter invasivo e irreversible. Además, muchas veces las personas intersex, por ejemplo los que han sido criados como niños, en algún punto de su vida se dan cuenta que realmente su identidad de género es femenina, o viceversa, lo cual puede ocasionarles daños a su integridad psíquica y moral. Se trata, entonces, de un tema de proporcionalidad, pues hay evidencia que demuestra que "[l]a irreversibilidad y los potenciales daños a que estaría sujeto el [niñx] si se realizan los tratamientos médicos correspondientes son mayores y más gravosos que si no se realizan dichos tratamientos o se postergan hasta que la persona pueda decidir por sí misma"[68]. Además, también existe evidencia que apunta a que dichos tratamientos no son necesarios y tampoco urgentes[69].

La alternativa propuesta y respaldada por "el investigador del sexo Milton Diamond, de la Escuela Médica de la Universidad de Hawaii, y el psiquiatra Keith Sigmundson, de la Universidad de British Columbia"[70] radica

---

65 Diana Patricia TOVAR. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". Óp. cit., p.79.
66 Corte Constitucional de Colombia. Causa No. T-477/95, de 1995. Citado en Diana Patricia TOVAR. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". Óp. cit., p. 83.
67 Diana Patricia TOVAR. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". Óp. cit., p. 86.
68 *Id*., p. 88.
69 *Ibíd*.
70 *Id*., p. 89.

en: (1) que los padres y madres canalicen sus dificultades emocionales relacionadas con la intersexualidad de su hijx con un tratamiento psicológico, (2) que la persona intersex sea continuamente informada y asesorada, de manera honesta y adecuada conforme a su edad, y (3) evitar la cirugía genital temprana, dado que ésta es de carácter irreversible y puede causar perjuicios al afectado[71]; lo cual en mi opinión es lo óptimo.

Otro enfoque que tiene la finalidad de evitar un perjuicio innecesario e irreversible de las personas intersex, que "reconoce que la sensación genital y el funcionamiento erótico son al menos tan importantes como la capacidad reproductora"[72] y además de alguna manera se adapta a las concepciones actuales sobre género que aún tienen algo de estigmatizadoras, es el planteado por Cheryl Chase en los siguientes términos:

> Aunque es fascinante pensar en el desarrollo potencial de nuevos géneros o posiciones de sujeto basadas en formas de corporalidad que se salen de la familiar dicotomía varón/mujer, reconocemos que el modelo dual de sexo/género es, en la actualidad, hegemónico y, por lo tanto, defendemos que los niños sean criados o bien como chicos o bien como chicas, de acuerdo con la designación que parezca más capaz de ofrecer al menor el mayor bienestar futuro. Defender la asignación de género sin recurrir a cirugía [sic] normalizadora supone una posición radical, pues requiere la subversión deliberada de la concordancia asumida entre la forma corporal y la categoría de género[73].

Existen, en efecto, algunos estudios de personas intersex que no recibieron el tratamiento hormonal y quirúrgico. Uno de ellos involucró a hombres con micro-penes, que de haber seguido los procedimientos usuales, habrían sido castrados antes de los 20 meses de edad y criados como mujeres[74]. Aunque se trataba de una muestra pequeña, todos los individuos declararon sentirse de género masculino y sexualmente funcionales y, además, solo 6 de los 20 se sentían molestos por su apariencia[75].

71 *Ibíd*.
72 Cheryl Chase. "Hermafroditas con actitud…". Óp. cit., p. 59.
73 *Ibíd*.
74 P.-L. Chau y Jonathan Herring. "Defining, assigning and designing sex". Óp. cit., pp. 336. Traducción libre.
75 *Ibíd*.

Existen autores que consideran que esta postura viene influenciada por la idea de que "los intersex no son anormales y, en consecuencia no necesitan de una cirugía para poder desarrollarse como hombres o como mujeres [sino que reconocen que] una persona intersex, a lo mucho sería una variación del estándar"[76].

Empero, además del criterio de esperar a obtener el consentimiento del paciente para iniciar (o no) un tratamiento hormonal o quirúrgico, existen también criterios rectores para la crianza y educación de las personas intersex. Una propuesta consiste en que, independientemente de si la persona fue o no sometida a cirugía, "el niño/a debe ser criado/a de acuerdo a uno u otro sexo"[77]; mientras que la otra se refiere a que "el niño/a debe ser criado/a no como niño o niña, sino como intersex, dándole por lo tanto la máxima oportunidad de decidir cuándo [sic] sea mayor si desea vivir como hombre, mujer o ninguno"[78].

Un caso ejemplar es el de la Sentencia No. SU-337/99 de la Corte Constitucional colombiana que resolvió dar la primacía al derecho a la autonomía, acompañado de la guía de la madre de la persona afectada[79]. El caso versaba sobre una persona de cromosomas XY, que tenía resistencia la testosterona y, en consecuencia, no había desarrollado sus genitales externos completamente[80]. Tenía un pene pequeño, pliegues de piel que no contenían testículos, gónadas masculinas, y una abertura para orinar a la altura de su perineo[81].

Desde su nacimiento fue criada como niña, y sus padres se dieron cuenta de su "ambigüedad genital" a los tres años de edad[82]. La Corte, además de deter-

---

76 *Id*., p. 339.
77 *Id*., p. 340.
78 Milton Diamond y Keith Sigmundson. "Management of Intersexuality: Guidelines for dealing with persons with ambiguous genitalia". *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*. Vol. 151, 1997, pp. 1046-1050. Citado en: P.-L. Chau y Jonathan Herring. "Defining, assigning and designing sex". Óp. cit., pp. 340. Traducción libre.
79 Alison Davidian. "Beyond The Locker Room: Changing Narratives On Early Surgery For Intersex Children". *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society*. Vol. 26, Issue 1, 2011, p. 14-16. Traducción libre. http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/results?sid=079ad46f-bc49-4579-907e-d91656274d45%40sessionmgr114&vid=14&hid=126&bquery=changing+narratives+%22on%22+early+-surgery&bdata=JmRiPWE5aCZkYj1mdWEmZGI9c2loJmRiPW5sZWJrJmRiPWUwMDB0d3cmbG-FuZz1lcyZ0eXBlPTAmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl (acceso: 11/05/2014).
80 Kate Haas. "Who Will Make Room for the Intersexed?". *American Journal of Law and Medicine*. Vol. 30, Number 1, 2004, p. 49. Citado en: Alison Davidian. "Beyond The Locker Room: Changing Narratives On Early Surgery For Intersex Children". Óp. *cit*., p. 14. Traducción libre.
81 *Ibíd*.
82 *Ibíd*.

minar que en este caso se atendería al derecho a la autonomía, determinó que la niña Ramos, a pesar de haber sido criada como mujer, tenía una identidad de género ambigua[83].

4.2 El interés superior del niñx

En este punto, es de especial relevancia recordar que lxs niñxs, es decir "tod[x] ser humano menor de dieciocho años de edad"[84], son sujetos de derechos. Así lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de su función consultiva, al manifestar que aunque en determinados casos éstxs "[…] no puedan ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos [ni tampoco] asumir plenamente obligaciones jurídicas [o] realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial"[85] esta incapacidad no impide que todxs los niñxs "[sean] sujet[x]s de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana"[86].

El principio rector al tratar temas relativos a los derechos de niñxs, es el del interés superior del niñx; que debe constituir un eje transversal de interpretación y aplicación de todos los derechos fundamentales respecto de este grupo. Esto ha sido reconocido por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3 que dispone que tanto en la esfera pública como privada deberá existir "[…] una consideración primordial [respecto del] interés superior del niñ[x]"[87]. En este mismo instrumento, el órgano encargado de la supervisión del cumplimiento y de la interpretación del mencionado tratado ha manifestado que el interés superior del niñx supone (i) un derecho sustantivo, (ii) un principio jurídico interpretativo[88] y (iii) una norma procesal[89]. Merece particular atención la implicación que tiene el considerar al interés superior del niñx como un derecho sustantivo, es decir "[…] la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre

83 Kate Haas. "Who Will Make Room for the Intersexed?". *American Journal of Law and Medicine*. Vol. 30, Number 1, 2004, p. 49. Citado en: Alison Davidian. "Beyond The Locker Room: Changing Narratives On Early Surgery For Intersex Children". Óp. c*it*., p. 15. Traducción libre.
84 Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 1.
85 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 56
86 *Ibíd*.
87 *Cfr*. Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Art. 3 inciso 1; Comité de los Derechos del Niño. Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 1.
88 *Vid*. Comité de los Derechos del Niño. Observación general No. 14… Óp. cit., párr. 33.
89 *Id*., párr. 6.

que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niñ[x], a un grupo de niñ[x]s concreto o genérico o a los niñ[x]s en general"[90].

Estamos ante un concepto flexible que se adaptará en función del "[…] contexto, la situación y las necesidades personales"[91]. Así, el alcance que puede llegar a tener este principio dependerá de cada situación particular, y se ajustará a las necesidades de protección específicas de cada niñx[92].

Es primordial tener en cuenta que este principio "[…] se funda en la dignidad misma del ser humano […]"[93], "[…] en las características propias de l[x]s niñ[x]s […], y en la necesidad de propiciar el desarrollo de ést[x]s, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades"[94]. En consecuencia, "[…] toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niñ[x] debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niñ[x] y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia"[95]. Lo cual reviste una importancia particular al analizar la temática de lxs niñxs intersex, pues esta es una de las situaciones en las que necesariamente debe tenerse en cuenta el interés superior de éstxs. Así, el principio de autonomía que se explicó en líneas anteriores queda reforzado, pues "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niñ[x] no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niñ[x] enunciados en la Convención"[96]; lo cual implica que no puede ni debe permitirse la sustitución de la voluntad del niñx por parte de sus padres en relación a un aspecto de tanta relevancia para su integridad, su identidad y el ejercicio de otros derechos.

4.3 Derecho de lxs niñxs a ser escuchadxs y evolución de sus facultades

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 5, dispone la obligación de los Estados de respetar los derechos, deberes y responsabilidades de los padres o personas encargadas legalmente del cuidado

90 *Id*., párr. 6 literal a).
91 *Id*., párr. 32.
92 *Ibíd*.
93 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Óp. cit., párr. 56; y, *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de Agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 126.
94 Corte IDH. *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de Agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 126.
95 *Ibíd*.
96 Comité de los Derechos del Niño. Observación general No. 14… Óp. cit., párr. 4.

de lxs niñxs "[…] de impartirle[s], en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación adecuadas para que [éstos] ejerza[n] los derechos reconocidos [en el mencionado instrumento]"[97]. De manera similar, el artículo 12 dispone la obligación estatal de

> […] garantiza[r] al niñ[x] que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan [lx] afectan […], teniéndose debidamente en cuenta [sus] opiniones […], en función de [su] la edad y madurez […][98].

Estas normas fundamentales no son simplemente dos derechos aislados, sino que son elementos adicionales que deben considerarse para evaluar y determinar el interés superior del niñx en un caso concreto[99]. En sentido similar se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido determinante al expresar que la evolución de las facultades de los niñxs es un elemento fundamental a considerar "[c]uando estén en juego el interés superior del niñ[x y que] sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior" a medida que éstos maduran[100]. Sin embargo, esto no implica que los recién nacidxs no gocen de estos derechos al no poder expresar sus opiniones y decisiones en un futuro cercano. La Corte también ha sido muy clara al manifestar que "[lxs] bebés y l[x]s niñ[x]s muy pequeñ[x], tienen los mismos derechos que l[x] demás niñ[x]s a que se atienda su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que l[x]s niñ[x]s mayores"[101]. En consecuencia, la decisión de someter a un bebé intersex a una cirugía temprana de reasignación de sexo no garantiza el derecho de lxs niñxs de "particip[ar] en la determinación de su interés superior"[102].

Al estudiar esta temática es crucial tener presente que, como se mencionó anteriormente, las cirugías de determinación de sexo no tienen un carácter urgente y que la postergación de las mismas no sería más que el cumplimiento del estándar de fijar medidas de protección concretas y especiales[103]

97 Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 5.
98 Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 12 inciso 1.
99 Comité de los Derechos del Niño. Observación general No. 14… Óp. cit., párr. 43.
100 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. *Óp. cit*., párr. 56.
101 *Ibíd*., párr. 44.
102 *Cfr*. Comité de los Derechos del Niño. Observación general No. 14… Óp. cit., párr. 53 y 54.
103 Corte IDH. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o Necesidad de Protección Internacional*. Opinión Consultiva No. 21 de 19 de agosto de 2014. Serie A, No. 21, párr. 66.

para lxs niñxs que se encuentren en esta situación. Esto no es más que la consecuencia lógica del crecimiento, que va dotando a lxs niñxs de un mayor nivel de autonomía personal que les permite ejercer sus derechos de manera progresiva a medida que pasa el tiempo[104].

El artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño que reconoce el derecho a la educación es crucial en este análisis y debe ser interpretado a la luz del principio transversal del interés superior y en conjunto con el resto de derechos consagrados en dicho tratado, así como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos y normas de derecho interno. El inciso 3 de esta disposición prescribe que "[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de lxs niñxs"[105].

Para determinar el interés superior del niñx en el contexto del análisis que nos atañe es esencial considerar que

> [s]i hay más de una posibilidad [de tratamiento] o si el resultado de un trata mbién debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niñ[x] en función de su edad y madurez. En ese sentido, se debe proporcionar al niñ[x] información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado[106].

El criterio rector para los responsables de tomar una decisión, en este sentido, debe ser la potenciación y garantía del interés superior del niñx con miras a proteger de manera integral todos sus derechos, atendiendo al ejercicio progresivo de sus derechos a medida que sus facultades evolucionan, "[…] ten[iendo] en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niñx, y analizarla a corto y largo plazo [evaluando] la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niñ[x]"[107]. En ese sentido, no caben las "decisiones definitivas e irreversibles"[108], menos aún si éstas derivan en la vulneración de derechos fundamentales.

104 *Cfr. Id*., párr. 66 y 230.
105 Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 24 inciso 3.
106 Comité de los Derechos del Niño. Observación general No. 14… Óp. cit., párr. 77; y, Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24), párr. 31.
107 Comité de los Derechos del Niño. Observación general No. 14… Óp. cit., párr. 84.
108 *Ibíd*.

5. Conclusión

5.2 Derechos vulnerados

Los tratamientos hormonales y quirúrgicos tienen por finalidad lograr que el cuerpo de una persona intersex se ciña al modelo masculino o femenino "normal". Sin embargo, dada las características de irreversibles, invasivos, innecesarios, no urgentes y potencialmente riesgosos de los mismos, además del hecho que no se contó con un consentimiento de la persona afectada, en mi opinión se vulneran una serie de derechos reconocidos tanto por la Constitución ecuatoriana, como por instrumentos internacionales de derechos humanos y se anula completamente el principio del interés superior del niñx.

Al ser estos instrumentos parte del bloque de constitucionalidad, por mandato de la propia Constitución, se hará referencia únicamente a las normas en las cuales dichos derechos se encuentran reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los derechos vulnerados son el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica[109], a la integridad personal[110], protección de la honra y dignidad y a la vida privada[111], protección a la familia[112], derechos del niño[113], y derecho a la igualdad ante la ley[114].

La afectación al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de lxs niñxs intersex se configura debido a que, al no poder decidir por sí mismxs, se les está anulando por completo su personalidad y la posibilidad de ejercer sus otros derechos[115].

Además, se estaría vulnerando el derecho a la integridad física, pues se estaría mutilando a la persona; así como a la integridad psíquica y moral, puesto que el niñx se vería expuestx a sufrimientos (i) en el evento de tener una identidad de género diferente al género que le asignaron y (ii) al

109 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 3.
110 *Id*., Artículo 5.
111 *Id*., Artículo 11.2.
112 *Id*., Artículo 7.
113 *Id*., Artículo 19.
114 *Id*., Artículo 24.
115 Corte IDH. Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 187.

sufrimiento de saber que fue sometidx a una cirugía de tal magnitud sin siquiera haber tenido la capacidad de entender qué sucedía, entre otros. En este sentido, personas intersex que fueron víctimas de intervenciones quirúrgicas para asignación de sexo han catalogado estos procedimientos como "carnicería"[116].

Además, se está interfiriendo con el derecho a la vida privada, no solo en el sentido de que se estarían realizando intervenciones arbitrarias en relación a la misma, sino que se está afectando de manera gravísima el libre desarrollo de la personalidad y el plan de vida de la persona intersex. Es menester, en este punto, tener en cuenta que "el derecho a la vida privada abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía del individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares"[117].

La "vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, [lo que constituye] una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad"[118], lo cual evidentemente se vería contravenido al eliminarse completamente el principio de autonomía con una cirugía temprana.

En relación a la protección de la familia, este derecho se vería violentado en la medida en que respecto de una persona que fue sometida a cirugía puedan existir impedimentos legales para que, por ejemplo, contraiga matrimonio, al no poder reformar su sexo en su partida de nacimiento. Por otra parte, es fundamental considerar que "si bien la esterilización (entendida en el sentido de deliberadamente acabar con la fertilidad) no es, por regla general, la intención declarada de [las cirugías de asignación de sexo], la remoción de órganos reproductores, sin embargo, plantea cuestiones de relevancia ética, médica y legal"[119]. En ese sentido, es necesario tener en cuenta que:

---

116 Cheryl Chase. "Hermafroditas con actitud…". Óp. cit., p. 55 y 59.
117 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 120.
118 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 143.
119 Skylar Curtis. "Reproductive Organs And Differences Of Sex Development:…". Óp. cit., p. 844. Traducción libre.

La fertilidad de l[x]s niñ[x]s con DSDs es particularmente difícil de definir porque sus cuerpos pueden tener órganos reproductivos masculinos y femeninos, solamente uno de ellos, o puede que carezcan de éstos por completo [lo que puede ocasionar] que est[x]s niñ[x]s sean sin lugar a dudas infértiles o fértiles con órganos reproductivos funcionales. Sin embargo, much[x]s de los niñ[x]s se encuentran un lugar intermedio[120].

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que estos procedimientos tienen como resultado la esterilización de la persona sometida a los mismos, afectando de lleno su derecho a la familia, pues se les está privando además de la posibilidad de decidir tener hijos, cuántos y cuándo tenerlos. Además, la potencial infertilidad no puede ser un argumento determinante para someter a lxs recién nacidxs a una cirugía temprana, pues es posible que el desarrollo científico permita la reproducción de esta persona en un futuro. En todo caso, la única persona que debería tomar una decisión al respecto, sea cual fuere, es el titular del cuerpo que al ser sometido a una cirugía de asignación de sexo se está modificando sin su consentimiento.

La vulneración a los derechos del niñx y de igualdad ante la ley sería una consecuencia de las anteriores vulneraciones y también se desprendería de una falta de protección estatal a estas situaciones. Si bien las cirugías de asignación de sexo o de “normalización de los cuerpos intersex” se realizan amparándose en una supuesta protección al interés superior del niñx; en realidad este principio no está siendo garantizado al máximo. Solamente se toma en cuenta una dimensión sesgada por los prejuicios y el esquema binario según el cual las únicas alternativas válidas son que una persona tenga un cuerpo de (y sea considerada solamente) hombre o de mujer. Así, a pesar de que se argumente que el bienestar psicológico del bebé intersex es el bien jurídico máximo a proteger en estas situaciones, en realidad considero que se debe abordar este análisis de una manera integral y tomar en cuenta todos los otros derechos que estarían siendo anulados con estas intervenciones, pues ningún derecho prevalece sobre otro. Dado que estamos hablando de derechos en simbiosis, es imperativo que se busque la manera de satisfacer al máximo todos los derechos en juego, para así proteger y garantizar verdaderamente el interés superior del niñx. A mi juicio, la falta de acción estatal para regular claramente estos supuestos, actuando como garante de los derechos de lxs niñxs vendría a ser una razón fundamental para la existencia de estas vulneraciones.

120 *Id*., p. 866. Traducción libre.

5.2 Recomendaciones – Derecho a la reparación

En razón de las violaciones que se mencionan, obviamente en la medida en que se sigan los procedimientos judiciales pertinentes, se debe otorgar una reparación integral a las víctimas de estas vulneraciones. Es claro que alcanzar una *restitutio in integrum* de los derechos contravenidos no resultaría posible en estos casos. Sin embargo, existen muchas otras medidas de reparación que se deberían adoptar, siendo la compensación material por los daños, tanto materiales como inmateriales, sufridos únicamente una de ellas y de ninguna manera la más importante. A continuación se exponen algunos ejemplos que no pretenden agotar la cuestión que estamos tratando, en la medida en que son simplemente recomendaciones.

Para comenzar, se encuentran las medidas de satisfacción, que podrían consistir no solamente en el reconocimiento de la existencia de una vulneración, pues ese es simplemente el punto de partida para alcanzar las reparaciones necesarias. Una propuesta que cumple, a mi criterio, con ser una medida de satisfacción y, a la vez, una garantía de no repetición, sería la creación de una ley que proscriba la realización de tratamientos hormonales y quirúrgicos invasivos a temprana edad, salvo casos excepcionales y que en razón de urgencia médica debidamente justificada lo ameriten, siguiendo los lineamientos generales que se expone a continuación, además de los principios de bioética.

A efectos de determinar los casos en que sería admisible, o no, la imposición de un tratamiento quirúrgico y hormonal, esta ley debería contemplar, por lo menos, cuatro supuestos o criterios diferentes: (a) cuando iniciar un tratamiento sea indispensable a efectos de impedir una afectación inmediata a la vida de lxs niñxs, por ejemplo cuando se demuestre la existencia de células precancerígenas o cancerígenas; (b) los tratamientos que podrían tener la finalidad de proteger la vida de lxs niñxs, por ejemplo en el caso de que existan condiciones que podrían derivar en una mayor probabilidad de padecer de cáncer gonadal en la etapa de adultez; (c) los casos en que los tratamientos estén encaminados a preservar la funcionalidad; y (d) las situaciones en que los tratamientos se encuentren relacionados únicamente con la apariencia[121].

---

121 Skylar Curtis. "Reproductive Organs And Differences Of Sex Development:...". Óp. cit., p. 845.

Incluso esta ley podría determinar que solamente los supuestos previstos la categoría del literal (a) podrían justificar una sustitución del consentimiento del bebé ejercida por sus padres para que se realice este tipo de intervenciones y tratamientos. Los supuestos de los literales (b) y (c) podrían analizarse caso por caso y seguir un procedimiento establecido por la propia ley con la finalidad de salvaguardar la integridad personal (tanto física como psicológica y moral) de la persona intersex y el interés superior del niñx, entendiéndolo como una optimización en la mayor medida posible de todos los derechos de éstx; sin tergiversar este concepto a la luz de lo que sería más conveniente para sus padres en razón de su deseo que "normalizar" a su hijx para que se adapte a los patrones de la dicotomía dominante hombre-mujer.

En estos casos, las intervenciones deberán realizarse únicamente en la medida estrictamente necesaria de la manera menos invasiva posible, evitando, en caso de que sea factible, una asignación de sexo o una mutilación. Una alternativa interesante podría ser que para estos casos se prescriba la obligatoriedad de un procedimiento judicial para determinar la necesidad o no de este tipo de tratamientos, con toda la actuación probatoria científica que sustente cada una de las posiciones, en el cual se garantice la presencia de un curador ad-litem que intervenga en defensa de los derechos de lxs niñxs intersex, ejerza su derecho de contradicción, y actúe bajo la presunción de que éstos se opondrían a tal tratamiento[122].

Finalmente, los casos que recaen en la categoría (d) deberían estar proscritos completamente por la ley, y ceñirse estrictamente a los procedimientos que la ley establezca. Éstos, de ninguna manera se referirán a la posibilidad de comenzar tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas a fin de "normalizar" los cuerpos en cuestión; sino a, por ejemplo, protocolos de actuación frente a estos casos que deberían ser desarrollados por el Ministerio de Salud, para que en todas las instituciones públicas y privadas los médicos tengan lineamientos y guías claras a seguir. Incluso se podría incorporar en éstos los profesionales de la salud que deben involucrarse en el asesoramiento y guía a los padres del niñx intersex. En todos los casos se debe garantizar la confidencialidad característica de la relación médico-paciente, para salvaguardar los derechos de lxs bebés intersex.

122 *Id*., p. 845, 870 y 871.

Otra opción de reparación, que considero una de las más importantes, consiste en las medidas de rehabilitación, psicológica en este caso, en razón de todos los daños y sufrimientos que las personas intersex sometidas a cirugías al momento de nacer hayan padecido. Esto serviría también como una medida de satisfacción. En esta categoría cabrían también todas las acciones necesarias para reformar sus documentos y todos los registros, tanto públicos como privados, en los que conste su nombre y género/sexo anteriores, en caso de que la persona afectadx decida modificarlos.

6. Comentario personal

Los estados intersexuales han sido abordados desde diferentes ópticas: mucho se ha dicho a nivel de medicina, psicología, antropología, y desde las teorías de género y el activismo en la materia. Sin embargo, es poco frecuente encontrar estudios referentes a esta temática desde una perspectiva jurídica.

La razón fundamental de este trabajo no es solamente buscar una visibilización de estxs cuerpos que representan una variación de los estándares a los que hemos estado acostumbrados; es decir, el cuerpo de hombre y el cuerpo de mujer. Esta radica, además, en encontrar un punto de partida para comenzar a discutir jurídicamente la situación de estos cuerpos que, indudablemente, son titulares de derechos.

La medicalización de lxs cuerpos en estados intersexuales ha derivado en que, sin más discusión, éstxs sean sometidxs a cirugías invasivas y tratamientos hormonales que tienen como propósito “normalizarlos” a fin de que encajen en las concepciones binarias y heteronormativas a las que nuestra sociedad se encuentra, qué pena, acostumbrada. Es decir, hemos estado habituados a acoger, sin cuestionamientos ni mayor análisis, lo que a lo largo de este trabajo se ha presentado como la postura dominante: las cirugías tempranas de reasignación de sexo. Esta corriente se asienta, sin lugar a dudas, en los criterios y consejos que los propios médicos, al considerar que los estados intersexuales son anomalías, proponen como medida de “tratamiento” o “solución” de los cuerpos que, sin ser anormales ni patológicos, constituyen una variación de los esquemas habituales.

Además, son los propios médicos quienes incrementan un aparente "temor" que pueden tener los padres de bebés intersex a que sus hijxs sean rechazadxs, estigmatizadxs, patologizadxs. Así, fundamentan su propuesta en la supuesta intención de precautelar, a futuro, la integridad de estxs niñxs y de velar por su interés superior. Esta decisión es tomada anulando completamente los derechos de éstxs, empezando por el hecho de que su voluntad es sustituida por sus padres, afectando determinantemente la vida que éstxs bebés llevarán. En realidad, la resolución que sí afectaría a la integridad de los afectados, tanto física como emocional y moral, sería, a mi parecer, la de mutilarlos sin esperar a que éstos lleguen a una edad en la cual puedan decidir libremente sobre su vida. Como se mencionó anteriormente, la capacidad de autodeterminación de las personas intersex se concretará con el inexorable paso del tiempo y, en ese sentido, no es legítima la sustitución de su consentimiento en perjuicio evidente de sus derechos con tratamientos de carácter irreversible y altamente invasivo. De manera similar, el hecho que muchas veces los médicos actúen bajo la "convicción" de que al estar frente a un caso de "urgencia médica", no entendida como un potencial peligro de la vida o integridad personal del recién nacidx, sino como la necesidad de "normalizar" un cuerpo que no se ajusta al esquema binario hombre-mujer, resulta simplemente aberrante.

Asimismo, la práctica de aconsejar a los padres mantener un secretismo absoluto respecto al estado intersexual de sus hijxs, incluso con los propios niñxs, y de eliminar todo vestigio, es una continuación de las violaciones a derechos que se han enunciado a lo largo de este ensayo.

Si bien dentro de la explicación sobre el enfoque del principio de beneficencia se mencionó una propuesta de criar a lxs bebés intersex o bien como niños o como niñas, con el objeto de ceñir esa crianza a la dicotomía con la que estamos familiarizados; en mi opinión esa posición refuerza el sistema binario al solamente reconocer la dicotomía hombre-mujer y, además, no es la única influencia de la postura de la autonomía. Debemos avanzar a un estado en el que rompamos con las categorías de género preconcebidas e impuestas obedeciendo a la referida dicotomía; y así, aceptar que las categorías de género no son limitadas, taxativas y que, mucho menos, pueden ser impuestas por un tercero y *a priori*. La identidad y expresión sexual son espacios extremadamente íntimos e inherentes a cada individuo, y esa esfera no debe ser influenciada, ni traspasada o vulnerada, por nadie.

Como corolario, es menester recalcar que, en razón de los derechos que se vulneran con una cirugía de asignación de sexo temprana, la consecuencia necesaria y lógica, es que exista el derecho a una reparación integral para lxs afectadxs por estas violaciones. Así, con los lineamientos expuestos como propuestas de reparación, puede comenzar a hablarse de una verdadera tutela de derechos y protección integral del interés superior de lxs niñxs. Estos guías que se han planteado son, sin duda, recomendaciones meramente ejemplificativas, que no tienen por objeto agotar la temática; sino simplemente iniciar una discusión jurídica necesaria e imprescindible al abordar los estados intersexuales desde una perspectiva jurídica.

7. Bibliografía

Agramonte Machado, Adriana. "Tratamiento quirúrgico de los genitales ambiguos: fundamentos e implicaciones psicológicas y sexuales". *Revista cubana de endocrinología, Vol. 17, Issue 3,* 2006. http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/detail?vid=11&sid=079ad46f-bc49-4579-907e-d91656274d45%40sessionmgr114&hid=126&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=a9h&AN=26225787 (acceso: 05/05/2014).

Butler, Judith. *Deshacer El Género.* Madrid: Paidós, 2008.

Chase, Cheryl. "Hermafroditas con actitud: cartografiando la emergencia del activismo político intersexual". *Debate feminista, Vol. 47, Issue 24,* 2013. http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/detail?vid=13&sid=079ad46f-bc49-4579-907e-d91656274d45%40sessionmgr114&hid=126&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=a9h&AN=87856154 (acceso: 01/05/2014).

Chau, P.-L. y Herring, Jonathan. "Defining, assigning and designing sex". *International Journal of Law, Policy and the Family, Vol. 16, Issue 3,* 2002. http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fpublication%2F6937885_Defining_assigning_and_designing_sex%2Flinks%2F00b7d52a6fe5217c80000000&ei=gI-HVKWbK4KhNuyEgoAO&usg=AFQjCNG37thf7JRRdUKp-5Lotz3OcBi0tQ&sig2=7xOjdL02B13l9Y9IjqBwiA&bvm=bv.81449611,d.eXY (acceso: 09/05/2014).

Chiriboga, Rafaela y Véjar Jaramillo, María Emilia. Transgrediendo cuerpos: Campaña comunicacional a favor del reconocimiento de la diversidad sexo-genérica, específicamente de las mujeres trans. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2013.

Comité de los Derechos del Niño. Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

Comité de los Derechos del Niño. Observación general Nº 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Córdova, Rosio. "Reflexiones teórico-metodológicas en torno al estudio de la sexualidad". *Revista Mexicana de Sociología, Vol. 65, No. 2*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. http://www.jstor.org.ezbiblio.usfq.edu.ec/stable/pdfplus/3541568.pdf?acceptTC=true&jpdConfirm=true (acceso: 06/05/2014).

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de Agosto de 2012. Serie C No. 246.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17.

Corte IDH. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o Necesidad de Protección Internacional*. Opinión Consultiva No. 21 de 19 de agosto de 2014. Serie A, No. 21.

Crooks, R. y Baur, K. *Nuestra Sexualidad.* Décima Edición. México: Cengage Learning: 2010. ISBN-13 978-970-830-021-6.

Curtis, Skylar. "Reproductive Organs And Differences Of Sex Development: The Constitutional Issues Created By The Surgical Treatment Of Intersex Children." *Mcgeorge Law Review* 42.4 (2011): 841-872. *Academic Search Complete*, p. 843. Traducción libre. http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mcgeorge.edu%2Fdocuments%2Fpublications%2F05_curtis_final.pdf&ei=mIuHVNO7KoqpgwSckoGIDA&usg=AFQjCNEqX_XIr5qTcD-iGHfLc0qlv8Ytag&sig2=oddQ3wJ-HuqJDJmfGLHTsw&bvm=bv.81449611,d.eXY (acceso: 19/10/2014).

Davidian, Alison. "Beyond The Locker Room: Changing Narratives On Early Surgery For Intersex Children". *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society, vol. 26, Issue 1,* 2011. http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/results?sid=079ad46f-bc49-4579-907e-d91656274d45%40sessionmgr114&vid=14&hid=126&bquery=changing+narratives+%22on%22+early+surgery&bdata=JmRiPWE5aCZkYj1mdWEmZGI9c2loJmRiPW5sZWJrJmRiPWUwMDB0d3cmbGFuZz1lcyZ0eXBlPTAmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl (acceso: 11/05/2014).

Foucault, Michel. *Historia de la Sexualidad. La Voluntad de Saber.* Vol.1. México: Siglo Veintiuno Editores, 1977

Holly, Yan y Sutton, Joe. "Parents sue South Carolina for Surgically Making Child Female". *Attorneys for the right of the child newsletter, Vol. 10, Issue 1,* 2013. http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/detail?vid=9&sid=079ad46f-bc49-4579-907e-d91656274d45%40sessionmgr114&hid=126&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=a9h&AN=89580014 (acceso: 11/05/2014).

ISNA, Internet: http://www.isna.org/ (acceso: 01/05/2014).

ISNA, *Las personas intersexuadas cuestionan las operaciones*: http://www.isna.org/node/64 (acceso: 01/05/2014).

ISNA, *Who was David Reimer (also, sadly, known as John/Joan)?*. http://www.isna.org/faq/reimer (acceso: 19/10/2014).

Mendez, Juan. *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.* Informe del Relator Especial presentado de conformidad con la resolución 67/161 de la Asamblea General, 1 de febrero de 2013, A/HRC/22/53.

Miles, Penny. *Diversidad Sexual y Derechos Humanos.* Universidad Diego Portales, 2010, p. *293.* Internet: http://www.udp.cl/funciones/descargaArchivos.asp?seccion=documentos&id=88 (acceso: 03/05/2014).

Peidro, Santiago. "Lo Real del Sexo: Perspectivas desde el Psicoanálisis de orientación Lacaniana y los estudios Queer". *Revista Electrónica de Psicología Social «Poiésis».* Buenos Aires: Argentina, 2012. http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/poiesis/article/viewFile/396/509 (acceso: 08/05/2014).

Principios de Yogyakarta. http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp_overview.htm (acceso: 10/05/2014).

Tovar, Diana Patricia. "Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos". *Debate feminista, vol. 47, issue 24.* Colombia, 2013. http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/detail?sid=1a7020b7-1955-43ed-a42f-ec3aa7c6ebee%40sessionmgr113&vid=1&hid=126&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=a9h&AN=87856156> (acceso: 08/05/2014).

Walker, Jesse. "The Death of David Reimer" *Reason Magazine.* May 24, 2004. http://reason.com/archives/2004/05/24/the-death-of-david-reimer (acceso: 19/10/2014).

Zavala, Eva *et al*. *Interdicciones: escrituras de la intersexualidad en castellano.* Mauro Cabral (ed.). Córdoba: Anarrés, 2009. http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf (acceso: 11/12/2014).

Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?

María Bernarda Carpio Frixone
maria.carpio.frixone@estud.usfq.edu.ec

Resumen

La cultura y las tradiciones indígenas se han visto minimizadas por muchos años debido a la imposición de las prácticas occidentales, las cuales, al ser mayoritarias, generalmente se presentan como ideales y únicas. Sin embargo, desde 1998 la Carta Magna ecuatoriana, en su artículo 191[1], reconoce las prácticas ancestrales como un método alternativo de resolución de los conflictos internos, dentro de las distintas comunidades indígenas; lo cual, a raíz de la Constitución de 2008, se ha visto potencialmente reafirmado.
No obstante, en ninguna de ellas se han fijado límites en cuanto a la competencia por materia; esto nos invita a pensar que en teoría la jurisdicción indígena podría extenderse a todos los ámbitos, incluyendo el penal. Ante esto, y tras la reciente entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal[2], conviene preguntarse si nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de una verdadera aplicación de la justicia indígena como mecanismo para sancionar acciones penales.
Para ello, en la presente investigación se abordará, en primer lugar, la teoría del monismo jurídico y su evolución en la legislación ecuatoriana hacia el pluralismo jurídico. Posteriormente, se estudiará su introducción y reconocimiento dentro de la legislación ecuatoriana; para finalmente, con base en la información recolectada, analizar si existe una efectiva aplicación del pluralismo jurídico en el ámbito penal.

Palabras claves

monismo, pluralismo, justicia indígena, interculturalidad, conflicto interno, Derecho Penal, competencia material.

1 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
2 En el Ecuador, se realizó una reforma sustancial a la normativa penal, la cual desde el 2012 se debatió en la Asamblea Nacional. Finalmente, el 10 de agosto de 2014, luego de seis meses desde su aprobación y publicación, el nuevo Código Orgánico Integral Penal entró en vigencia.

Abstract

The indigenous culture and traditions have been minimized for many years due to the imposition of Western practices, which usually are presented as ideal and unique. However, since 1998 the Ecuadorian Constitution, in Article 191 recognized the ancestral practices as an alternative method of resolving internal conflicts within the various indigenous communities; which, following the 2008 Constitution, has been potentially reaffirmed. However, none of them have set limits on jurisdiction matters. This invites us to think that, in theory, indigenous jurisdiction could be extended to all areas, including the criminal one. Nevertheless, after the recent entry into force of the *Código Orgánico Integral Penal*, we must ask whether our legal system envisages a real application of indigenous justice as a mechanism to resolve commitment of crimes.
Therefore, this investigation will treat, in first instance, the legal monism perspective of Law and its evolution under Ecuadorian law towards the legal pluralism. Subsequently, it will be analyzed the introduction and recognition of this vision within the Ecuadorian legislation; and finally, based on the information gathered, arrive to the conclusion of whether there is an effective implementation of legal pluralism in criminal matters.

Key Words

Del monismo, pluralism, indigenous justice, multiculturalism, internal conflict, Criminal Law, subject matter jurisdiction.

Índice

1. Introducción

El Ecuador está conformado por 14 nacionalidades indígenas y 18 pueblos[3], cada cual con sus propios y diversos modos de administrar justicia, por lo que las diferencias culturales respecto a sus costumbres y prácticas ancestrales, varían incluso entre una comunidad a otra. Sin embargo, aquello no se ha visto reflejado históricamente en nuestro marco normativo. Al contrario, fue en 1998 cuando finalmente se estableció en la Carta Magna la *plurinacionalidad* como adjetivo calificativo del Estado ecuatoriano[4], lo cual implica a su vez la necesidad de tomar medidas en el ámbito legal que permitan el desarrollo efectivo de la interculturalidad y el respeto a las prácticas ancestrales.

Actualmente, ya son dos las Constituciones que han reconocido al Derecho Indígena como un método de resolución de conflictos internos: la Constitución de 1998 lo hizo en el artículo 191[5], y la de 2008 en el 171[6]. Pese a esto, la coexistencia entre el sistema de justicia ordinario y el indígena es ambigua y utópica, al igual que sus límites de competencia y jurisdicción, debido a la escasa regulación que existe sobre el tema. Es precisamente por ello que al encontrarnos a la par en un proceso de transformación de la legislación penal ecuatoriana- tras la aprobación y entrada en vigencia de un nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP)- resulta conveniente cuestionarnos si existe una real limitación a la competencia de las autoridades indígenas respecto a la materia, en especial en el ámbito penal.

Esta investigación tiene como objetivo realizar un estudio sobre la evolución de la teoría del *monismo* hacia aquella del *pluralismo jurídico* tanto a nivel doctrinario como dentro de la normativa ecuatoriana; para posteriormente analizar la aplicabilidad del pluralismo jurídico en el Ecuador

3 Según datos del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) en el país existen 14 nacionalidades indígenas distintas y 18 pueblos. Esta información es de suma relevancia pues refleja a cabalidad el carácter pluricultural latente en nuestro país. Asimismo, nos permite tener una mayor dimensión de la importancia que implica el buscar la interculturalidad en nuestra sociedad y el reconocimiento y respeto hacia las demás culturas. *Víd*. CODENPE. *Indicadores de Pueblos y Nacionalidades*. www.codenpe.gob.ec/index.php?option=com_k2&view=itemlist&layout=category&id =348&Itemid=469. (09/09/2014)

4 La plurinacionalidad se presenta como un mecanismo que permite el reconocimiento de diversas nacionalidades indígenas dentro de un mismo territorio nacional, por lo cual conlleva a la existencia de una sociedad intercultural así como al ejercicio de la libre determinación de los pueblos.

5 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

6 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 171. Registro oficial no. 449 de 20 de octubre de 2008.

y la regulación existente en cuanto a la competencia de las autoridades indígenas en el ámbito penal.

2. Del monismo al pluralismo jurídico

2.1. Una perspectiva monista del Derecho

Si bien en Ecuador se reconoció constitucionalmente el *pluralismo jurídico* por primera vez tras la adopción de la Constitución de 1998- al contemplarse en el artículo 191 la potestad de las autoridades de las comunidades indígenas de ejercer funciones judiciales como mecanismo de resolución a los conflictos internos[7]- este no deja de constituir una novedad en el Derecho. Por ende, es menester analizar los efectos que ha conllevado la aparición del mismo al postularse como un cuestionamiento a la tradicional concepción. Aquella sostiene que el Derecho proviene únicamente del Estado y constituye "[una] ley única, autónoma y autocrática"[8]; la cual debe primar en todos los aspectos de la vida en sociedad.[9]

Esta visión se fundamenta en la teoría del *monismo jurídico,* desarrollada por Hans Kelsen. El referido autor sostiene que "los otros derechos nacionales, [ajenos al derecho estatal], y el derecho internacional no deberían ser [...] conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica"[10]. El *monismo jurídico* no niega la existencia de diversos órdenes jurídicos, no obstante, establece que únicamente el Derecho que emana del Estado es aquel que debe tener eficacia, y por consiguiente, el único que puede ser aplicado.

Dicha teoría está estrechamente relacionada con la visión liberal de la sociedad en la medida en la que,

> [...] el monismo jurídico liberal, exige que el soberano expida, en principio, normas que estén dirigidas a todos los ciudadanos y que pretendan regir sus acciones por largos periodos de tiempo. De esta

7 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
8 Buoaventura De Sousa Santos. "Una concepción multicultural de los Derechos Humanos". *Revista MEMORIA*. N°101. (1997), p. 170.
9 Ricardo Colmenares Olívar. *VII Jornadas de Derecho Procesal Penal*. www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_enlinea/jurisdiccion%20indigena%20y%20proceso%20penal%20en%20venezuela.htm (10/10/2014)
10 Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 207.

> forma, los ciudadanos podrán precisar fácilmente las normas que controlan sus conductas y generar expectativas razonables sobre cuales serán las consecuencias jurídicas de sus actos.[11]

De esta visión se desprende la vinculación del monismo jurídico con el concepto de seguridad jurídica, y con el principio de la autonomía de la voluntad. Este último sostiene que los seres humanos pueden actuar sin más limitaciones que las previamente fijadas en las normas; pues *todo lo que la ley no prohíbe, está permitido*[12]. Es únicamente a través de un ordenamiento jurídico concreto que "los ciudadanos podrán determinar cuáles cursos de acción están prohibidos jurídicamente y cuál es el margen que les deja el derecho para el ejercicio de su autonomía de la voluntad"[13], siendo capaces de decidir libremente qué acciones realizar y cuáles son las sanciones que están dispuestos a recibir en caso de actuar de manera contraria a la conducta permitida. En este sentido, esta teoría rechaza el *pluralismo jurídico,* ya que:

> (…) para el monismo jurídico liberal, el orden y la unidad política de una nación solo pueden garantizarse si existe un único ordenamiento jurídico promulgado por un soberano único. **La pluralidad (…) de sistemas jurídicos, para esta perspectiva teórica genera confusión, desorden y conflicto**[14]. (Énfasis añadido)

Por tanto, los defensores del *monismo jurídico* sostienen que en un cuadro en el que coexistan más de un sistema jurídico, la sociedad viviría en la incertidumbre y el desorden, sin saber bajo qué normas regirse. Obstruyéndose así la autonomía de su voluntad en razón de la falta de certeza en las normas y confianza en el orden jurídico.

2.2. El cuestionamiento a la visión monista y el paso hacia una concepción pluralista del Derecho.

Pese a la dominación de dicha concepción del Derecho a través del tiempo, esta ha sido cuestionada por los defensores del *pluralismo* jurídico -cuyas tesis

---

11 Daniel *Bonilla* y Libardo Ariza. *El Pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*. www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Estudiopreliminar-ArizayBonilla-VersionparaAngel.pdf (09/09/2014).
12 Planiol Marcel y Ripert George. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. 2da. ed.T.I. México DF: F. Cárdenas Uribe, Editor., 1991, p.140.
13 Daniel *Bonilla* y Libardo Ariza. *El Pluralismo jurídico*. *Óp. cit*. p, 2.
14 Ibíd.

serán presentadas a continuación- debido a que consideran que el *monismo* se presenta como una perspectiva cerrada y universalizadora, la cual pretende de manera irracional obtener una sociedad culturalmente homogénea en la que prime un solo Derecho, compuesto por normas, valores, principios y costumbres que se imponen a aquellos que rigen a las minorías.

Así, Vicente Cabedo emplea la expresión "inadecuación cultural" para hacer referencia a los efectos negativos que tiene la aplicación del Derecho a partir de la teoría monista y manifiesta que aquella concepción:

> [...] vendría determinada por quererse imponer un Derecho, de patrón occidental, formulado en una lengua (el castellano-portugués en el caso de Brasil) que muchos indígenas desconocen, que responde a una lógica jurídica y a una racionalidad en gran parte antagónica a la cultura indígena, y que es, no en pocas ocasiones, ignorada[15].

En efecto, dicha línea de pensamiento ha generado que en las últimas décadas se ponga en tela de duda la validez del *monismo* jurídico. Esto se debe principalmente a dos factores; en primer lugar, la búsqueda por la obtención de una visión del Derecho que tenga como base el estudio de la sociedad en lugar del Estado; y en segundo, la ardua crítica a la visión universalizadora que se pretende imponer respecto a los valores y costumbres occidentales.[16]

Este último punto implica una vinculación directa con el relativismo cultural en la medida en la que "el relativismo entrañaría el reconocimiento del valor igual de todas las culturas"[17] y permite "afirma[r] que puede haber diferentes perspectivas, diferentes puntos de vista, presentados a través de diferentes concepciones del mundo"[18] por lo que, el relativismo cultural se presenta como un objetivo a alcanzar para los defensores del *pluralismo jurídico*.

15 Vicente Cabedo. *Constitucionalismo y derecho indígena en América latina*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2004, p. 115.
16 Daniel *Bonilla* y Libardo Ariza. *El* Pluralismo *jurídico*. *Óp. cit*., p,. 12.
17 Ascensión Baraños et al. *Diccionario de relaciones interculturales, diversidad y globalización*. Madrid: Editorial Complutense, 2007, p. 133.
18 León Olivé. *Racionalidad y relativismo: relativismo moderadamente radical*. México: Siglo Veintiuno Editores.1998. Citado en León Olivé et al. *Racionalidad: Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*. México D.F: Instituto de investigaciones filosóficas universidad nacional autónoma de México. 1988. p. 270.

Respecto al primer factor enunciado, Ehrlich sostiene que "[...] en nuestro tiempo [...] el centro de gravedad del desarrollo del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma".[19] El *pluralismo jurídico* nace como resultado de la búsqueda de un Derecho que responda, de manera coherente, a la realidad social; misma que en nuestro país está compuesta por una gran diversidad de culturas y comunidades que la enriquecen permanentemente y, por consiguiente, deben ser consideradas y respetadas.

Respecto al segundo factor, este consiste en el cuestionamiento a un sistema de Derecho que postula, mediante el derecho estatal, principios y normas occidentales con el carácter de universales.[20] Respecto a ello, Ehrlich establece en su obra *Sociología y Jurisprudencia* que "el error radica en que los juristas están acostumbrados a reconocer solamente como Derecho [aquello que] emana del Estado, lo que se consolida a través de la amenazadora coerción estatal; todo lo demás sería uso moral o creaciones semejantes"[21].

Aquel pensamiento permite entender la esencia del *pluralismo jurídico*, en la medida en que dicha visión surge como solución a la marginación que se ha realizado históricamente a todo tipo de práctica ancestral- incluyendo las referentes a la jurisdicción- que sea ajena a la cultura occidental. El *pluralismo* busca que tanto el sistema de justicia ordinaria como el indígena, sean reconocidos dentro de un mismo territorio a fin de obtener un Estado intercultural en el que el Derecho se presente como un mecanismo integrador y vinculado a la sociedad que pueda responder de manera adecuada a todos los ciudadanos; tomando siempre en consideración sus diversas culturas, prácticas y creencias. Todo esto con el propósito de evitar una aplicación arbitraria y cerrada de las normas y principios occidentales por sobre las prácticas ancestrales de los pueblos y nacionalidades indígenas.

---

19 Eugen Ehrlich. *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons. 2005. Citado en Daniel *Bonilla* y Libardo Ariza. *El Pluralismo jurídico*. *Óp. cit.*, p. 12.
20 Ibíd.
21 Eugen Ehrlich. *Sociología y Jurisprudencia*. 89-107, en: Eugen Ehrlich, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons. P. 93

3. El pluralismo jurídico y su introducción en la legislación ecuatoriana

3.1. El trascendental papel del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en el reconocimiento del Derecho Indígena

En 1991 entró en vigor el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), documento que en nuestro país obtuvo carácter vinculante a través de resolución legislativa publicada en el Registro Oficial no. 304 el 24 de abril de 1998. Este cuerpo normativo jugó un rol fundamental para la adopción de sistemas jurídicos pluralistas en Latinoamérica[22], puesto que reconoció a los distintos pueblos indígenas prerrogativas que durante mucho tiempo fueron ignoradas.

Como consecuencia de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, los Estados parte se comprometieron a cambiar su sistema constitucional de tal manera que les permita la inclusión de las prácticas y tradiciones indígenas dentro del marco del sistema jurisdiccional nacional. Es de este modo que en su artículo 8 manifiesta la obligación de los Estados a respetar el derecho consuetudinario ancestral, pero sobre todo a tomarlo en consideración antes de la aplicación de la legislación nacional a los miembros de comunidades indígenas.

Ello implica la existencia de un sistema pluralista, debido a que este se presenta como el medio idóneo para la coexistencia de diversos métodos de administración de justicia dentro de un mismo territorio. Además, cabe recalcar que el artículo 8 establece los límites a las prácticas consuetudinarias indígenas, manifestando que éstas no podrán ser "[...] incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos".[23] Así, por ejemplo, no se permitiría que amparándose en sus potestades jurisdiccionales, las autoridades indígenas apliquen sanciones que violen el derecho a la vida, tales como la pena de muerte.

22 Los países Latinoamericanos signatarios de aquel Convenio son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.
23 Convenio 169. Óp. Cit. Artículo 8

Ante este punto, es fundamental mencionar que al valorar si las prácticas indígenas resultan violatorias de los derechos humanos; no se debe, bajo ningún concepto, caer en la banalidad de equipararlas sistemáticamente a tratos degradantes o de tortura. Pues aquello sería ir en contra de una interpretación intercultural de las mismas, al no tener en consideración que las prácticas ancestrales "no implican la vulneración al derecho humano que prohíbe toda forma de tortura, trato cruel, inhumano o degradante, **mientras estas sanciones responda a una costumbre o práctica ancestral**".[24] (Énfasis añadido)

El Convenio 169 de la OIT perfila el grado de aplicabilidad del Derecho Indígena al ilustrar el método en el que el pluralismo jurídico puede y debe figurar en los sistemas judiciales latinoamericanos. Sin embargo, la ratificación de dicho instrumento internacional no se reduce únicamente a una obligación de reconocer las prácticas ancestrales; sino que por el contrario, implica a su vez el reconocimiento de una coexistencia entre el sistema penal indígena y el estatal, en vista de que plantea la necesidad de un respeto hacia los mecanismos ancestrales de sanción de delitos; estableciendo un deber estatal implícito de otorgar a los pueblos indígenas potestades jurisdiccionales dentro del ámbito penal. Respecto a ello, el artículo 9 del Convenio 169 estipula que:

> [...]1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, **deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros**.
> 2. Las autoridades y los tribunales **llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia**.[25] (Énfasis añadido).

De este artículo se desprende la intención de la OIT de reconocer las prácticas ancestrales indígenas referentes a las sanciones penales; pero ante todo, la voluntad de dicho organismo por obligar a los países que hubiesen ratificado el Convenio 169, a acoger y aceptar aquella jurisdicción, con la exigencia a los servidores judiciales de tomar en consideración los preceptos

24 Ximena Ron. *El control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador*. Tesis de grado. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2011, p. 79-83.
25 *Id*., artículo 9.

propios de la justicia indígena al momento de tener que decidir sobre una determinada causa en la que se encuentre implicado algún miembro de una comunidad indígena.

Dicha voluntad se confirma por el artículo 10 del mismo instrumento, que menciona, en su primer numeral, que "[c]uando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos [indígenas] deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales"[26]. Ello implica, efectivamente, que la legislación penal estatal no puede, ni debe ser ejecutada de igual manera a todos los individuos que habitan en la nación, sino que, tras la adopción del mencionado instrumento internacional, es necesario que los jueces, llamados a aplicar la normativa penal, adecuen sus decisiones a lo estipulado en este Convenio.

Aquello se ejemplifica en la resolución de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional en la cual se reconoció que en el Convenio 169 de la OIT " se establecen como prioritarias normas *proindígenas* y derechos especiales de indígenas ante la jurisdicción ordinaria"[27] y con base en ello resuelve conceder el recurso de casación a un recurrente indígena- el cual había sido sancionado por la justicia ordinaria con seis meses de prisión por el delito de injurias- puesto que consideró que el proceso impugnado "no se evidencia que se hayan aplicado […] los procedimientos de la Justicia Indígena [plasmados en el Convenio 169 de la OIT]; y como consecuencia de ello se [han] violado los derechos del recurrente"[28]. De este modo, se constata la existencia de una obligación de los servidores judiciales de considerar las prácticas y costumbres ancestrales antes de aplicar la legislación penal a miembros de las comunidades y pueblos indígenas.

3.2. El progresivo reconocimiento del Derecho Indígena en el Ecuador.

3.2.1. La existencia constitucional del pluralismo jurídico en el Ecuador

El Ecuador, al ratificar el Convenio 169 de la OIT, asumió el compromiso de adoptar las medidas necesarias para la adecuada inserción de los principios proclamados en aquel instrumento a la legislación nacional.

26 *Id*,. artículo 10.
27 Corte Nacional de Justica. Segunda Sala de lo Penal. Gaceta Judicial 9., de 8 de mayo de 2009.
28 *Ibíd*.

Este proceso de reconocimiento del pluralismo jurídico en el Ecuador se dio por primera vez en 1998 al contemplarse en el artículo 191 de la Constitución que:

> [...] 4. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes.[29]

Aquella potestad se reafirmó diez años más tarde, tras la adopción de la Carta Magna de 2008, en la cual se reflejó nuevamente el carácter pluralista del sistema judicial en el país, al estipularse en su artículo 171 que:

> [...]Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos y que no sean contrarios a la Constitución y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales.[30]

A pesar de que ambas normas constitucionales tienen como objetivo reconocer la aplicación de la facultad jurisdiccional de los pueblos indígenas, existe una leve diferencia entre los dos artículos. Esto se da a causa de que la Constitución de 1998 hace referencia a la posibilidad de las autoridades indígenas a ejercer "funciones de justicia", mientras que en la actual Constitución se dispone claramente el ejercicio de "funciones jurisdiccionales".

Aunque dicha diferencia parece ser menor, posee una amplia distinción conceptual, porque al referirse a "funciones jurisdiccionales" la Carta Magna le atribuye automáticamente un poder más real y completo a las autoridades indígenas, ya que la jurisdicción, conforme al código de procedimiento

29 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
30 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 171. Registro oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

civil[31], implica tanto el juzgar como el hacer ejecutar lo juzgado. Se constata entonces que junto al cambio de Constitución, se potenció también el grado de aplicabilidad y de validez del Derecho Indígena en nuestra legislación, dándole un mayor realce a las decisiones que con base en dicho Derecho se tomen.

Por otra parte, es necesario recalcar el hecho de que en estas disposiciones constitucionales los límites impuestos a la aplicación del Derecho Indígena consisten únicamente en el respeto de la Constitución y los Derechos Humanos; la potestad de dirimir conflictos de índole interna; y que estos se den dentro de los parámetros territoriales de la comunidad. Por lo que, ninguna de estas dos Constituciones ha establecido algo concreto respecto a los límites en cuanto a la materia; lo cual implica un reconocimiento tácito de la aplicabilidad de la justicia indígena en todos los ámbitos, inclusive el penal.

3.2.2. Principios rectores de la aplicación del Derecho Indígena según el Código Orgánico de la Función Judicial

En vista de que la legislación nacional reconoce como pilares del Estado ecuatoriano la plurinacionalidad y la interculturalidad, resulta imperante adoptar una organización estatal que permita responder a esta característica y que incorpore y a la vez efectivice la diversidad de culturas y sus respectivas prácticas ancestrales. Por ello es ineludible que la misma normativa manifieste los principios que permitan la plena aplicación de aquello. En este sentido, el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial proclama necesario que los servidores judiciales tengan en consideración, para su actuación y toma de decisiones, los siguientes principios: diversidad, igualdad, *non bis in ídem*, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural.

El primer principio se refiere a la obligación de los funcionarios del servicio judicial a velar en sus decisiones por el "óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural"[32]. Para ello es indispensable que a la par, dichos servidores, reciban capacitación suficiente respecto a

31 Código de Procedimiento Civil. Artículo 1. Registro Oficial No.58 de 12 de julio de 2005.
32 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 343. Registro oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.

las prácticas, creencias y costumbres ancestrales; con el fin de que puedan adquirir una adecuada comprensión, y con base en ella, sus decisiones sean acordes a los mandatos legales.

La igualdad se refiere a la existencia de las mismas condiciones para ambas partes dentro del proceso con el fin de evitar un perjuicio indebido en una de ellas. Este principio se vincula estrechamente con el precedente, puesto que implica "la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena"[33]. Aquello, además de constituir una garantía al debido proceso como tal- al constituir un requisito fundamental para ejercer el derecho a la defensa de manera eficaz- refleja a su vez el carácter intercultural del sistema de administración de justicia, ya que demuestra la búsqueda de una coexistencia entre ambas culturas; pero sobre todo que exista igualdad en el proceso y que las creencias y prácticas culturales no interfieran ni generen desventajas o perjuicios en los individuos al momento de ser sometidos a un proceso.

Por otro lado, el principio de *non bis in ídem* configura una garantía procesal para el respeto de los derechos humanos, y resulta imprescindible su mención como principio rector de un sistema jurídico pluralista. Justamente por la naturaleza de dicho sistema, es sumamente necesario proporcionar medidas que garanticen la seguridad jurídica dentro de la sociedad, la cual puede verse en riesgo al no saber si los individuos podrán ser sometidos a un doble juzgamiento en virtud a la pluralidad de jurisdicciones.

Así, el Código Orgánico de la Función Judicial, establece que "lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna"[34]. Todo ello deja al descubierto el grado de efectividad que la legislación nacional le atribuye al Derecho Indígena, debido a que las decisiones tomadas bajo aquel sistema de justicia no pueden ser reconsideradas bajo la perspectiva del Derecho Estatal ni de la cosmovisión occidental (a menos, claro está, que aquellas sean contrarias a la Constitución o a los Derechos Humanos).

Empero, con el fin de evitar que la jurisdicción indígena adopte medidas contrarias a los Derechos Humanos; el ordenamiento jurídico ha contemplado,

33 Ibíd.
34 Ibíd.

en el segundo inciso del artículo 171 de la Constitución, la posibilidad de un control de constitucionalidad de dichas decisiones. El referido control se encuentra regulado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual es su artículo 66 establece los principios bajo los cuales deberán resolverse las acciones extraordinarias de protección presentadas en contra de decisiones de la jurisdiccional indígena.

Esta disposición estipula en su primer numeral que la Corte Constitucional deberá garantizar la comprensión intercultural "a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural"[35], mientras que en el tercer numeral se garantiza el derecho a las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas a "gozar de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales"[36].

Se constata, por consiguiente, la existencia de un respeto a la independencia jurisdiccional concedida a los pueblos indígenas por nuestra Carta Magna, puesto que a pesar de la existencia de un control de constitucionalidad, este debe realizarse de manera intercultural y deberá ante todo garantizar y respetar el pluralismo cultural que caracteriza a nuestro país.

El cuarto principio es de gran importancia ya que su aplicación por parte de los servidores judiciales implicaría que "en caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, **se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible**"[37] (énfasis añadido). Siendo así, se percibe que la legislación nacional le atribuye al Derecho Indígena un amplio grado de aplicación y ejecución, pues ante la duda en la resolución de los conflictos de competencia, la ley prevé que se aplique el Derecho Indígena de manera preferencial.

Finalmente, el principio referente a la interpretación intercultural es sumamente relevante para lograr un verdadero sistema pluralista; porque este "[...] parte de la necesidad de una interpretación pluricultural de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas"[38]. Por lo tanto, las autoridades

---

35 Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Registro oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.
36 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 343. Óp cit.
37 Ibíd.
38 Daniel Bonilla y Libardo Ariza. *El Pluralismo jurídico*. *Óp cit*., p.32

judiciales se ven en el deber de tomar en consideración tanto los elementos culturales como las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas antes de tomar cualquier decisión en un litigio.

3.2.3. Pluralismo jurídico en el Código Orgánico Integral Penal

Como se ha mencionado a lo largo de esta investigación; ni el Convenio 169 de la OIT, ni la normativa constitucional ecuatoriana, establecen límites a la jurisdicción indígena en cuanto a la competencia en razón de la materia. Resultaría entonces plausible imaginar que el Derecho consuetudinario indígena es aplicable en el ámbito penal.

Además del respeto a la Carta Magna y a los Derechos Humanos; la Constitución establece como límite a la jurisdicción indígena la resolución de conflictos únicamente internos. Sin embargo, "[...] para los pueblos indígenas y para el caso de la justicia indígena, conflicto interno constituye toda acción o acto que desestabiliza la paz, la armonía y la tranquilidad de un colectivo o de una comunidad"[39] y "debe entenderse como aquel conflicto suscitado entre dos individuos que, de manera libre y voluntaria, se autodefinan como indígenas"[40]. Entonces, en un cuadro en el que dos personas que se definan a sí mismas como indígenas, se constituyan respectivamente como sujeto pasivo y activo de un delito, generando perturbaciones en la paz y en la armonía del colectivo y se encuentren dentro de territorio indígena; estaríamos frente a un supuesto en el que se podría aplicar su derecho consuetudinario en el ámbito penal.

Ahora bien, si es que esto se presenta como una posibilidad, cabe cuestionarnos ¿qué tratamiento le da el nuevo Código Orgánico Integral Penal a esta cuestión? El numeral 9 del artículo 5 del referido cuerpo legal manifiesta que:

> E1 derecho al debido proceso penal [...] se regirá por los siguientes principios:
> [...] 9. Prohibición de doble Juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. **Los**

39 Raúl Ilaquiche Licta y Lourdes Tibán. *Jurisdicción indígena en la Constitución política del Ecuador*. Ecuador: Fundación Hanns Seidel, 2008. p.44.

40 Daniela Salazar. *Aplicabilidad de la justicia indígena en el Ecuador: una base conceptual y diez preguntas puntuales*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2003. p. 54

> **casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto**" (énfasis añadido)[41]

De la lectura de este artículo se desprende con claridad el hecho de que es viable la existencia de un *Derecho Indígena penal*, pues se constata que aquella posibilidad está incluso contemplada en la misma legislación penal estatal. Asimismo, ello se ve reforzado por la segunda disposición general del Código antes mencionado, la cual estipula que:

> (…) En referencia a las infracciones cometidas en las comunidades indígenas se deberá proceder conforme a lo dispuesto en 1a Constitución de 1a República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas.[42]

Por consiguiente, al haberse analizado con anterioridad lo establecido en aquellos cuerpos legales, y al constatar que la legislación penal hace referencia directa a dichos instrumentos, se percibe que el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla la posibilidad de que las mismas autoridades indígenas sancionen a los miembros de su comunidad por los delitos cometidos dentro de la misma. No obstante ¿aquella mención en el COIP implica el reconocimiento dentro de nuestro ordenamiento jurídico de una real potestad indígena para resolver y sancionar todo comportamiento penal que se realice dentro de su territorio?

4. El Derecho Indígena en el Ecuador y su aplicabilidad en el ámbito penal.

4.1. Implicaciones de la resolución de la Corte Constitucional respecto al caso de la Cocha.

En primer lugar es menester proporcionar los antecedentes del caso a efectos de generar en el lector un mayor entendimiento del mismo y que con base en ello sea posible dimensionar la importancia de la resolución mencionada. El 23 de mayo de 2010, las autoridades indígenas de la co-

41 Código Orgánico Integral Penal. Artículo 9. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014
42 Id,. Segunda Disposición Transitoria.

munidad de la Cocha[43], en asamblea general, resolvieron sancionar a cinco miembros de la comunidad por el delito de asesinato realizado dentro de su territorio.

Ante ello, el Fiscal General del Estado, consideró que aquellas autoridades no eran competentes para resolver este tipo de casos y ordenó que se iniciasen las investigaciones correspondientes para determinar la existencia del delito de asesinato. Posteriormente, se prosiguió con las diligencias fiscales y se pronunció el auto de llamamiento a juicio, iniciándose un proceso penal con base en la jurisdicción ordinaria pese a que los inculpados ya habían sido sancionados según los preceptos del Derecho Indígena.

Frente a estos sucesos, el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano de la víctima, plantea una acción extraordinaria de protección en contra de la decisión jurisdiccional indígena, en la cual se solicita que la Corte Constitucional se pronuncie respecto a la competencia de las autoridades indígenas para pronunciarse sobre la muerte de su hermano[44].

Una vez proporcionado el cuadro fáctico cabe recalcar que toda resolución emitida por la Corte Constitucional, en virtud a lo dispuesto en el numeral tres del segundo artículo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,[45] es de carácter vinculante. Esto implica que las consecuencias que de esta se desprendan deberán ser aplicadas por todos los tribunales. Justamente por ello la resolución en el caso *la Cocha* es de relevante importancia; ya que constituye el primer precedente de la Corte en proporcionar un límite concreto a la competencia material de la jurisdicción indígena, al establecer que:

> (…) La jurisdicción y competencia para conocer, **resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del Sistema de Derecho Penal Ordinario**, aún en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades,

43 La Cocha es una de las 11 comunidades pertenecientes a la parroquia rural de Zumbahua, cantón Pujulí, provincia de Cotopaxi, República del Ecuador. Está se encuentra situada al noroeste de la parroquia Zumbahua, tiene aproximadamente 8.000 pobladores. Ximena, Ron. *El control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador*. Óp cit., p. 79-83.

44 Ximena, Ron. *El control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador*. Óp cit., p. 79-83.

45 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 66. Óp. cit.

> pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro del ámbito territorial de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.
> **La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos** que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.[46] (Énfasis añadido)

De la lectura de esta resolución de la Corte Constitucional se constata de manera inmediata la clara intención del Derecho Estatal por limitar las facultades de la Justicia Indígena. Sin embargo, esto tan solo se da respecto a los delitos que atenten contra la vida, sin regular la existencia de la potestad de las autoridades indígenas para resolver sobre el cometimiento de otros tipos penales.

Por ello, dicha decisión no genera ningún avance real en la cuestión del pluralismo jurídico, ya que en lugar de buscar que se establezcan, de una vez por todas, verdaderas pautas para fijar los mecanismos de cooperación entre ambas legislaciones; lo único que se obtuvo es la fijación de un solo límite que no hace más que referirse al caso en concreto. Ello nos invita entonces a cuestionarnos si, ¿acaso tendremos que esperar que se presenten ante la Corte Constitucional causas respectivas a toda la variedad de tipos penales, para que este órgano jurisdiccional vaya, progresivamente y de manera discrecional, reglamentando las potestades de la jurisdicción indígena? O si, ¿el hecho de que dicha resolución se limite únicamente a los delitos contra la vida, se traduce en la intención tácita de la Corte Constitucional de conceder, mediante aquella decisión, la facultad de las autoridades indígenas para conocer respecto a todos los demás tipos penales?

4.2. Los límites a la competencia material del Derecho Indígena como resultado de una interpretación intercultural inexistente

Para obtener una mayor perspectiva de la efectividad de la jurisdicción indígena en nuestra realidad jurídica, es necesario remitirnos al proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria -el cual se encuentra todavía en discusión

46 Corte Constitucional de Justicia. *Sentencia en el caso "La Cocha"*. Registro Oficial 058 de 30 de junio de 2014.

en la Asamblea- con el fin de ofrecer al lector un cuadro más detallado sobre cómo la legislación procura regular, en un futuro, la aplicabilidad del Derecho Indígena.

El artículo 9 de dicho proyecto de ley pretende limitar la concepción de *conflicto interno*, al afirmar que:

> [...] No se considerará como conflicto interno:
> 1. El genocidio, los crímenes de lesa humanidad y aquellos contra el derecho internacional humanitario
> 2.Los delitos contra la vida y la libertad sexual
> 3.Los delitos que tengan naturaleza transnacional o cuyo impacto exceda la jurisdicción donde la autoridad indígena ejerza su competencia
> 4.Los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado
> 5.Los delitos contra la administración pública, tributarios y aduaneros
> 6.Los procesos contenciosos administrativos o en que el Estado sea parte
> 7.Los casos de violencia intrafamiliar, investigación o impugnación de la paternidad y que versen sobre "pensiones de alimentos"[47]

De aquello se constata que pese a existir la posibilidad de una jurisdicción indígena en el ámbito penal; esta no es total, ya que para ciertos tipos penales, en especial aquellos que responden a delitos de acción pública, el Estado procura que permanezcan exclusivamente bajo competencia de la legislación penal estatal. Por lo cual, se percibe que, independientemente de lo señalado en la norma constitucional y el Convenio 169 de la OIT, existe una notoria tendencia a limitar la competencia jurisdiccional de las autoridades indígenas en razón de la materia. Si aquella limitación no se realiza de manera concreta y sobre todo mediante una integración de la cosmovisión indígena; la jurisdicción ordinaria seguirá buscando permanentemente el modo de interferir en la justicia indígena so pretexto de interpretar lo estipulado por la Constitución, buscando restringir las potestades jurisdiccionales previamente conferidas.

47 Jaime Vintimilla. *Ley Orgánica de Cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria ecuatoriana: ¿un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?* Quito: Cevallos, 2012. p. 72.

Por lo tanto, es necesaria la existencia de una ley de regule la aplicación del pluralismo jurídico en el Ecuador, pero que aquello se haga en conformidad con la interpretación intercultural que por mandato constitucional debe primar; ya que sin una normativa de esta naturaleza las autoridades indígenas jamás podrán alcanzar la autonomía jurisdiccional que desde 1998 les es reconocida.

Ante esto se vuelve preciso recalcar el hecho de que esta intención estatal por limitar la competencia de la justicia indígena en el ámbito penal, constituye una conducta contraria a la disposición normativa de realizar una interpretación intercultural del Derecho. Se debe tomar en cuenta que en el sistema jurisdiccional indígena, no "existen jueces y operadores jurídicos especializados en la administración de justicia"[48], debido a que en virtud de su naturaleza:

> […] no están siempre y necesariamente garantizados por la coacción mediante un cuerpo especializado [incluso], a veces son sancionados por el mero acuerdo, creencias y controles "difusos"; y trasmitidos mediante la creencia en mitos. Igualmente tampoco cabe exigir que las normas jurídicas estén especializadas y separadas de otras esferas de la vida social.[49]

Por ello, al ser la división de la competencia material una concepción proveniente de la visión occidental del Derecho, imponerla a los sistemas de justicia indígena resulta contraproducente y refleja en cierta medida, que a pesar de los avances constitucionales respecto al pluralismo e interculturalidad jurídica, aún perdura la imposición de la perspectiva occidental por sobre la indígena. Así, lejos de existir un verdadero pluralismo jurídico, nos encontraríamos al contrario ante una simultaneidad de sistemas jurisdiccionales paralelos, los cuales carecen de mecanismos de cooperación verdaderamente interculturales.[50]

---

48 Raúl Llasag. *Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario*. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2
/pr/pr2.pdf (12/09/2014). P. 755

49 Esther Sánchez Botero. *La jurisdicción especial indígena*. Santa fe de Bogotá: Procuraduría General de la Nación e Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000, p. 59.

50 Cfr. Vintimilla, Jaime. *Ley Orgánica de Cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria ecuatoriana*. *Óp. Cit*., p. 120-122.

5. Conclusiones y opinión personal

Claro está que el Ecuador es un país pluricultural y que ante este hecho, la visión *monista* del Derecho se presenta como incoherente e inadecuada. El pluralismo jurídico surge como el sistema que más se adecúa a nuestra realidad social, la cual se caracteriza por un sinnúmero de visiones, tradiciones y costumbres. No obstante, el Convenio 169 de la OIT y la Constitución misma, establecen únicamente parámetros amplios y generales sobre la aplicación de aquel sistema, por lo cual quedan muchos aspectos sin respuestas concretas.

Como se ha evidenciado en este trabajo, no hay duda de que el ordenamiento jurídico no establece límites a la competencia en razón de la materia del Derecho Indígena, contemplando así la posibilidad de que se extienda al ámbito penal. De igual modo, tampoco hay duda respecto a la voluntad que existe por delimitar dicha facultad únicamente a la sanción de tipos penales de menor trascendencia en el orden público. En este sentido, el proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria que pretende regular ello, así como la vaguedad y falta de profundización en la resolución de la Corte Constitucional en el caso *La Cocha,* reflejan la realización de una interpretación contraria a la interculturalidad, que no demuestra la existencia de una pertinente consideración respecto a la verdadera naturaleza de los sistemas de justicia indígena.

Han pasado 17 años desde que nuestra Constitución reconoce el pluralismo jurídico y hasta la fecha no se ha logrado consolidar una adecuada coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la indígena; dejando de este modo el pluralismo jurídico en un mero discurso, pero sobre todo dejando en la indefensión a una gran cantidad de comunidades y pueblos indígenas que por muchos años han sufrido la violenta imposición de la visión occidental por sobre la suya. Todo ello nos invita entonces a cuestionarnos si esta supuesta política inclusiva hacia los indígenas, no fue más que un discurso para ganar adeptos y una solución a corto plazo para evitar reclamos y manifestaciones, pero sin una planificación a futuro para una verdadera puesta en marcha.

De igual manera, cabe recalcar el hecho de que para la verdadera existencia de un sistema de administración de justicia pluricultural; es imprescindible que exista una adecuada y profunda capacitación de todos los funcionarios judiciales, para que ellos puedan entender y comprender la cosmovisión indígena y evitar una aplicación monista e irreal del Derecho.

Por ende, si no logramos juntar estos dos factores principales: la aprobación de una ley que regule una cooperación necesariamente intercultural e inclusiva entre ambos sistemas, y la capacitación a los servidores judiciales; no podremos afirmar a ciencia cierta que en el Ecuador exista un verdadero pluralismo jurídico. Al contrario estaríamos frente a un simple intento de ello, que tan solo consta en el papel, pero que se vuelve ineficaz por la falta de acciones estatales positivas que busquen una verdadera integración.

6. Bibliografía

Ascensión, Baraños et al, *Diccionario de relaciones interculturales, diversidad y globalización*. Madrid: Editorial Complutense. 2007

Buoaventura De Sousa Santos. "Una concepción multicultural de los Derechos Humanos". Revista MEMORIA. Nº101. (1997)

Cabedo, Vicente. *Constitucionalismo y derecho indígena en América latina.* Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2004

Código de Procedimiento Civil. Artículo 1. Registro Oficial No.58 de 12 de julio de 2005

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014

Colmenares, Ricardo. *VII Jornadas de Derecho Procesal Penal.* www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_enlinea/jurisdiccion%20indigena%20y%20proceso%20penal%20en%20venezuela.htm

Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998

Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial no. 449 de 20 de octubre de 2008

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Triviales de la Organización Internacional del Trabajo (1991).

Corte Constitucional de Justicia. *Sentencia en el caso "La Cocha".* Boletín de Prensa 058, 30 de junio de 2014.

Corte Nacional de Justica. Segunda Sala de lo Penal. Gaceta Judicial 9., de 8 de mayo de 2009.

Daniel Bonilla y Libardo Ariza. *El Pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico.*

Ehrlich, Eugen. *Sociología y Jurisprudencia*. PP. 89-107, en: Eugen Ehrlich. *Escritos sobre sociología y jurisprudencia.* Madrid: Marcial Pons.

http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Estudiopreliminar-Arizay-Bonilla-VersionparaAngel.pdf

Ilaquiche Licta, Raúl y Tibán, Lourdes. *Jurisdicción indígena en la Constitución política del Ecuador.* Ecuador: Fundación Hanns Seidel, 2008.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho.* Buenos Aires: Eudeba, 1960.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009

Llasag, Raúl. *Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario.* Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr2.pdf

Olivé, León. *Racionalidad y relativismo: relativismo moderadamente radical*. México: Siglo Veintiuno Editores.1998. En Olivé León et al. *Racionalidad: Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*. México: Instituto de investigaciones filosóficas universidad nacional autónoma de México. 1988.

Ron, Ximena. *El control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar. 2011. P. 79-83. Extraído en: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2957/1/T1050-MDE-Ron-Control.pdf

Salazar, Daniela. *Aplicabilidad de la justicia indígena en el Ecuador: una base conceptual y diez preguntas puntuales*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2003.

Sánchez Botero, Esther. *La jurisdicción especial indígena.* Santa fe de Bogotá: Procuraduría General de la Nación e Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000.

Vintimilla, Jaime. *Ley Orgánica de Cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria ecuatoriana: ¿un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?* Quito: Cevallos, 2012.